REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLIV
PRIMERA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1995

RELATORAS:
DRA. MARÍA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

IMPRESO EN COLOMBIA **PRINTED IN COLOMBIA**

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

REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES

DEL

CONSEJO DE ESTADO

TOMO CXLIV
PRIMERA PARTE

JULIO - AGOSTO - SEPTIEMBRE

1995

RELATORAS:
DRA. MARÍA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR
DRA. MARÍA DEL PILAR VELOZA PARRA

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJEROS Y DIGNATARIOS - AÑO 1995

Presidente
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez

Vicepresidente
Dr. Miguel González Rodríguez

Secretaria General
Dra. Mercedes Tovar de Herrán
(Desde el 16 de nov./94 al 12 de marzo/95)

Dra. Nubia González Cerón
(Desde el 13 de marzo hasta el 18 de julio/95; nuevamente asume el cargo de Secretaria General la Dra. Mercedes Tovar de Herrán, desde el 18 de julio/95 en adelante)

SECCIÓN PRIMERA

Dr. Yesid Rojas Serrano
Presidente

Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez
Dr. Miguel González Rodríguez
(hasta julio 17/95)
Dra. Nubia González Cerón
(desde 18 de julio/95 hasta 30 de nov./95)
Dr. Manuel Santiago Urueta
(desde 1o. de diciembre/95)
Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz

Secretaria
Dra. Katerine Karakalpakis Calderón
(hasta 9 de julio/95)
Dr. Jairo Pinzón Pinzón
(desde 10 de julio/95)

SECCIÓN SEGUNDA

Dra. Dolly Pedraza de Arenas
Presidente

Dra. Clara Forero de Castro
Dr. Álvaro Lecompte Luna
Dr. Carlos A. Orjuela Góngora
Dr. Joaquín Barreto Ruiz
Dr.Diego Younes Moreno
(hasta 15 de diciembre/95)
Dra. María Eugenia Samper
(desde el 16 de diciembre/95)

Secretaria
Dra. Myriam Cecilia Viracachá Sandoval
(Encargada)

SECCIÓN TERCERA

Dr. Daniel Suárez Hernández
Presidente

Dr. Carlos Betancur Jaramillo
Dr. Juan de Dios Montes Hernández
Dr. Julio César Uribe Acosta
(hasta mayo 15/95)
Dr. Jesús María Carrillo Ballesteros
(desde mayo 16/95)

Secretaria
Dra. Lola Elisa Benavides López

SECCIÓN CUARTA

Dr. Guillermo Chahín Lizcano
Presidente

Dra.Consuelo Sarria Olcos
Dr. Jaime Abella Zárate
(hasta 3 de mayo/95)
Dr. Julio Enrique Correa Restrepo
(desde 4 de mayo/95)
Dr. Delio Gómez Leyva

Secretario
Dr. Carlos Alberto Flórez Rojas

SECCIÓN QUINTA

Dra. Miren De La Lombana de Magyaroff
Presidente

Dr. Luis Eduardo Jaramillo Mejía
Dr. Amado Gutiérrez Velásquez
Dr. Miguel Viana Patiño
(hasta 15 de marzo)
Dra. Denisse Duviau de Puerta
(desde 16 de marzo al 28 de junio)
Dr. Mario Alario Méndez
(desde el 29 de junio/95)

Secretario
Dr. Octavio Galindo Carrillo

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Dr. Roberto Suárez Franco
Presidente

Dr. Javier Henao Hidrón
Dr. Humberto Mora Osejo
(hasta 5 de julio/95)
Dr. César Hoyos Salazar
(desde el 6 de julio/95)
Dra. Nubia González Cerón
(desde 16 nov./94 hasta 12 marzo/95)
Dr. Luis Camilo Osorio Isaza
(desde 13 de marzo/95)

Secretaria
Dra. Elizabeth Castro Reyes

PROCURADURÍAS DELEGADAS

1a. Dr. Juan Carlos Henao
(hasta 31 de agosto/95)
Dr. Gustavo Adolfo García
(desde 1o. de septiembre/95)

2a. Dra. Libia Zuluaga Uribe
(hasta 31 de octubre/95)
Dr. Hugo Cañizares Berbeo
(desde 16 de nov./95)

3a. Dr. Jairo Maya Betancourt
(hasta 30 de septiembre/95)
Dr. Flavio Rodríguez Arce
(desde 1o. de octubre/95)

4a. Dra. María Eugenia Samper R.
(hasta 30 de septiembre/95)
Dr. Rafael Ballén Molina
(desde 1o. de octubre/95)

5a. Dra. Edne Cohen Daza
(hasta 30 de septiembre/95)
Dr. Alier Hernández Enríquez
(desde 1o. de octubre/95)

6a. Dra. Inés Hurtado Cubides

7a. Dra. Margarita Olaya de Obando

8a. Dr. Jaime Ossa Arbeláez
(hasta 30 de septiembre/95)
Dra. María del Carmen Melo R.
(desde 16 de noviembre/95)

9a. Dra. Luz Stella Pena de Méndez
(hasta el 30 de octubre/95)
Dra. Alicia Rubiano Amézquita
(del 1o. de nov./95 a 6 dic./95)

10a. Nubia González Cerón
(del 7 de diciembre/95)

RELATORAS

Dra. María del Pilar Espinosa Salazar
Dra. María del Pilar Veloza Parra

SALA PLENA

INSUBSISTENCIA/COMISIÓN DE SERVICIOS/COMPETENCIA TERRITORIAL/TRIBUNAL ADMINISTRATIVO/CONFLICTO DE COMPETENCIA- Inexistencia

> **La norma transcrita, al establecer que es competente territorialmente el Tribunal del último lugar en donde se prestaron los servicios, busca garantizar el derecho de defensa y el de acceso a la administración de justicia, toda vez que quien desempeña un cargo en un lugar determinado, normalmente vive en ese lugar y por lo tanto allí en donde tiene la posibilidad más adecuada de defender sus derechos ante la jurisdicción administrativa, por otra parte, dicha norma también busca eficacia en el proceso a través de la facilidad de las partes para actuar en el Tribunal correspondiente. En el caso de autos, se está impugnando la desvinculación del actor del cargo del Director Regional del Arauca y el hecho de que transitoriamente se hubiera desplazado al Chocó a cumplir una comisión de servicios, no puede implicar el cambio de competencia para el Tribunal que debe juzgar su desvinculación de la Dirección Regional de Arauca, ya que desvinculado y no de la Dirección Regional del Chocó.**

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D. C., julio once (11) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación C-286. Conflicto de competencia entre el Tribunal Administrativo de Boyacá. y el Tribunal Administrativo del Chocó. Actor: Julio César Benavides Ramírez. Auto.

Procede la Sala a resolver el conflicto de competencia negativo suscitado entre los Tribunales Administrativos de BOYACÁ y CHOCÓ, en relación con el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado, mediante apoderado, por el señor JULIO CÉSAR BENAVIDES RAMÍREZ.

El actor, mediante apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentó demanda de nulidad de la Resolución No. 03539 del 1o. de agosto de 1992, proferida por el Gerente General del INSTITUTO COLOMBIANO DE LA REFORMA AGRARIA, INCORA, por medio de la cual se declaró insubsistente su nombramiento, en el cargo de Director Regional 15 - Gerente Regional Arauca desempeñaba en dicho Instituto (folio 10).

A título de restablecimiento del derecho solicitó que se le reintegrara al cargo del cual fue desvinculado o a otro de superior jerarquía.

La demanda fue presentada y admitida en el Tribunal Administrativo de Boyacá (folio 12). Posteriormente fue adicionada por la parte demandante (folio 26), adición que también fue admitida (folio 30).

Al cumplirse el término de fijación en lista el Magistrado Ponente solicitó al INCORA una "... certificación sobre el último lugar donde efectivamente prestó sus servicios el señor Julio César Benavides Ramírez" (folio 43).

En respuesta, el Subgerente Administrativo y Financiero del INCORA certificó que "el último lugar donde prestó sus servicios al Instituto el señor BENAVIDES RAMÍREZ fue la Regional Chocó, en calidad de Director Regional 15 - Gerente Regional, Encargado, siendo titular del mismo cargo, en la Regional Arauca" (folio 56).

Con fundamento en la anterior certificación, el Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante providencia del 14 de diciembre de 1994 consideró que dicha Corporación carecía de competencia para seguir conociendo del proceso, toda vez que, por el factor territorial, la misma la tiene el Tribunal Administrativo del Chocó, conforme con lo dispuesto por el artículo 131, numeral 6, inciso final del Código Contencioso Administrativo y ordenó remitir el expediente (folio 57).

El Señor Apoderado de la parte actora interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia por considerar que el Tribunal competente es el de Boyacá, ya que el actor fue desvinculado del cargo de Director Regional en Arauca , que era en el que había sido nombrado y venía desempeñando el cargo y en el Chocó, solamente prestó sus servicios en cumplimiento de una simple comisión de servicios (folio 61).

Mediante auto del 25 de Enero de 1995, el Tribunal Administrativo de Boyacá decidió desfavorablemente el citado recurso por considerar que la norma que dispone que la competencia territorial se determina por el último lugar donde se prestaron los servicios no distingue si lo fue en propiedad, por encargo, en comisión o "cualesquier otra situación administrativa" y por lo tanto el intérprete no puede distinguir, y siendo claro que el último

lugar en el cual el actor prestó sus servicios fue en el Chocó es el Tribunal Administrativo del Chocó el competente para conocer del proceso (folio 64).

Por su parte el Tribunal Administrativo del Chocó, mediante providencia del 2 de marzo de 1995 decidió no avocar el conocimiento del proceso y devolver el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá, por las siguientes razones:

1. Lo referente a la competencia debe ser estudiado al decidir sobre la admisión de la demanda y si no se tiene dicha competencia, se debe enviar el expediente a la Corporación que lo fuere, según lo dispone el artículo 143, inciso 3, parte final del Código Contencioso Administrativo.

2. Ya en curso el proceso, si se trata de incompetencia territorial, no hay lugar a cambio de sede, como se deduce claramente de lo dispuesto por el inciso 2 del numeral 4 del artículo 156 del Código de Procedimiento Civil. Transcribe doctrina sobre el tema.

3 . "No sería posible proponer oficiosamente conflicto de competencias entre los Tribunales Administra tivos, como se precisa en la parte final del inciso 1 del artículo 215 del Decreto 01 de1984..." (Subrayas del texto).

Recibido el expediente en el Tribunal Administrativo de Boyacá, se ordenó su remisión al Consejo de Estado para resolver el conflicto de competencias, de conformidad con el artículo 215 del Código Contencioso Administrativo.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El inciso final del numeral 6 del artículo 131 del Código Contencioso Administrativo dispone que: "La competencia o razón del territorio en todo caso se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales".

En el caso del actor, está claramente definido en la documentación que obra en el expediente que el señor JULIO CÉSAR BENAVIDES RAMÍREZ estaba nombrado en el cargo de Director Regional 15, Gerente Regional ARAUCA y de dicho cargo fue desvinculado, mediante la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento por el acto demandado.

Así las cosas, es claro para la Sala que ARAUCA fue el último lugar en el cual el actor prestó sus servicios, para los efectos de la norma transcrita, sin que el hecho de que por una comisión de servicios se hubiere desplazadotransitoriamente a ejercer las funciones de otro empleo en calidad de encargado, implique un cambio definitivo de sede que lleve a la conclusión a la que llegó el Tribunal Administrativo de Boyacá.

La norma transcrita, al establecer que es competente territorialmente el Tribunal del último lugar en donde se prestaron los servicios, busca garantizar el derecho de defensa y el de acceso a la administración de justicia, toda vez que quien desempeña un cargo en un lugar determinado, normalmente vive en ese lugar y por lo tanto es allí en donde tiene la posibilidad más adecuada de defender sus derechos ante la jurisdicción administrativa.

Por otra parte, dicha norma también busca eficacia en el proceso a través de la facilidad de las partes para actuar ante el Tribunal correspondiente.

En el caso de autos, se está impugnando la desvinculación del actor del cargo de Director Regional del Arauca y el hecho de que transitoriamente se hubiera desplazado al Chocó a cumplir una comisión de servicios, no puede implicar el cambio de competencia para el Tribunal que debe juzgar su desvinculación de la Dirección Regional de Arauca, ya que fue de ésta, de la cual fue desvinculado y no de la Dirección Regional del Chocó.

Por lo expuesto la Sala considera que el competente para conocer del presente proceso es el Tribunal Administrativo de Boyacá y a él deberá remitirse el expediente.

En mérito de lo expuesto se RESUELVE:

1. Declárase que el Tribunal Administrativo de Boyacá es competente para conocer del proceso originado en la demanda instaurada por el señor JULIO CÉSAR BENAVIDES RAMÍREZ.

2. Ordénase remitir el expediente al Tribunal Administrativo de Boyacá.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia aprobada en la sesión de la fecha.

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente (Ausente)

MARIO ALARIO MÉNDEZ

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Ausente

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

JESÚS M. CARRILLO BALLESTEROS
Ausente

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

JULIO E. CORREA RESTREPO

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

CLARA FORERO DE CASTRO
Ausente

LOS CONSEJEROS,

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Ausente

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

DELIO O. GÓMEZ LEYVA

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

ALVARO LECOMPTE LUNA

JUAN DE DIOS MONTES H.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL/COMPETENCIA TERRITORIAL(Salvamento de voto).

Según lo dispuesto en el artículo 132 , numeral 6, del Código Contecioso Administrativo, en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral la competencia por razón del territorio determinará en todo caso por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales, sin distinciones.

Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Expediente C-286. Demandante: Julio César Benavides Ramírez. Conflicto de competencia entre el Tribunal Administrativo de Boyacá y el Tribunal Administrativo del Chocó.

SALVAMENTO DE VOTO

Las razones que me llevaron a disentir de la opinión mayoritaria, son las siguientes:

Según lo dispuesto en el artículo 132, numeral 6, del Código Contencioso Administrativo, en procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral la competencia por razón del territorio se determinará en todo caso por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales, sin distinciones.

Siendo así que, como está probado, el último lugar donde el demandante prestó sus servicios fue el Chocó, es competente por razón del territorio el Tribunal Administrativo del Chocó, y así en mi opinión, debió haberse dispuesto.

MARIO ALARIO MÉNDEZ

NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO DE CARÁCTER LABORAL/COMPETENCIA TERRITORIAL (Salvamento de Voto)

El artículo 132, numeral 6 del C.C.A., es muy claro al establecer para casos como el presente, la competencia, por razón del territorio, en el lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios. La norma legal no da lugar a interpretación distinta, ni es dado a la Corporación hacerla, como quiera que no hace distinción alguna si esos servicios personales se prestaron en propiedad en el cargo, comisión, encargo o cualquier otra situación administrativa.

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

SALVAMENTO DE VOTO DEL DR. YESID ROJAS SERRANO.

Santa Fe de Bogotá, D.C, dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente No. C-286. Conflicto de Competencia. Actor: Julio César Benavides López.

Respetando como el que más el criterio mayoritario de la Sala, en forma respetuosa me permito disentir del expuesto en el auto del 11 de julio de 1995, por las siguientes razones:

Tal como lo expresó el H. Consejero Dr. Mario Alario Méndez al salvar el voto en el expediente de la referencia, el artículo 132, numeral 6 del C.C.A., es muy claro al establecer para casos como el preeente, la competencia, por razón del teirritorio, en el

lugar donde se prestaron o debieron prestar los servicios. La norma legal no da lugar a interpretación distinta, ni es dado a la Corporación hacerla, como quiera que no hace distinción alguna si esos servicios personales se prestaron en propiedad en el cargo, comisión, encargo o cualesquier otra situación administrativa.

De otra parte tampoco comparte el suscrito el auto referido porque éste, en el mejor de los casos resulta por lo menos incongruente respecto del conflicto de competencia planteado por el Tribunal del Chocó que no fue otro que el relacionado, en primer término, con el saneamiento de una presunta nulidad, por no haberse propuesto la excepción correspondiente ni por la parte demandada ni por el Ministerio Público de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 144 y del inciso 2 del artículo 148 del Código de Procedimiento Civil; y en segundo término, con la imposibilidad do proponer oficiosamente el conflicto de competencia.

Pese a las circustancias anteriores, la Sala Plena no da ninguna respuesta a las inquietudes del Tribunal del Chocó, dejando en esta forma sin solución el conflicto en los términos planteados por la Corporación que lo propuso.

Atentamente,

YESID ROJAS SERRANO
Consejero de Estado

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA/FALLA DEL SERVICIO- Inexistencia/**FUERZA MAYOR/EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD/OMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN-** Inexistencia/**ARMERO/HECHO DE LA NATURALEZA**

Los apartes que destaca el recurrente en las sentencias referidas en los citados cargos no se encuentran dentro del contexto de la falla del servicio por hechos concretos ocurridos en la Plaza Corraleja de Sincelejo, la muerte violenta del Presidente del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar y la invasión de un terreno de propiedad particular. El común denominador en dichas sentencias fue la omisión de la administración pública frente a hechos que hubieran podido evitarse, es decir, en los cuales no medió un eximente de responsabilidad, por un hecho de la naturaleza como lo es en el evento sub lite la fuerza mayor. Se trata, pues, de un punto de derecho diferente al que se contrae la sentencia suplicada que, aun cuando referido a una misma materia: la responsabilidad de la administración, impide a la Sala hacer la confrontación que reclama el medio de impugnación extraordinario, porque hacerlo lo conduciría indefectiblemente a inmiscuirse en cuestiones fácticas propias del proceso sujeto a su conocimiento para entrar a analizar si estaba o no probada dicha eximente de responsabilidad y por lo mismo si se presentó o no la falla del servicio por omisión, en la cual tiene cabida las consideraciones de las sentencias invocadas como contrariadas, convirtiéndose en una tercera instancia que no es la de esencia de aquel.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. S-426. Recurso extraordinario de súplica contra la sentencia de 26 de agosto de 1994, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado. Actores: Lucio Sandoval Pérez y Otros.

Procede la Sala Plena a decidir el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Tercera de esta Corporación confirmó la sentencia de 5 de diciembre de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en cuanto denegó las pretensiones de las demandas acumuladas.

I.- ANTECEDENTES

En las 170 demandas que se acumularon para ser decididas en una misma sentencia se solicitó declarar solidariamente responsables a la Nación colombiana, el Departamento del Tolima y el Municipio de Armero por los perjuicios sufridos por los demandantes en el desastre de Armero.

El Tribunal Administrativo del Tolima en la sentencia de 5 de diciembre de 1991 denegó las súplicas de las demandas acumuladas, sentencia esta que fue recurrida en apelación y confirmada por la Sección Tercera de esta Corporación en sentencia de 26 de agosto de 1994, que es objeto del recurso extraordinario de súplica.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para confirmar la sentencia de primer grado la Sección Tercera de esta Corporación consideró, en síntesis, lo siguiente:

La Administración no es responsable del daño que se le imputa en razón de los hechos ocurridos por el desastre de Armero porque el daño causal quedó roto por una causa ajena al demandado como es la causal de fuerza mayor y ante un hecho de tal magnitud opera el principio general de derecho que enseña: "Nadie está obligado a lo imposible".

Está plenamente demostrado que el perjuicio no se debe al hecho de la Administración pues la causa de la tragedia, aunque previsible, le fue irresistible.

La nota de imprevisibilidad se dio también pues durante el período comprendido entre el 8 de octubre y el 10 de noviembre de 1985, esto es, pocos días antes de la tragedia, la fumarola y las emisiones de ceniza y gases se redujeron en forma sustancial por lo cual no podía exigírsele a la población la evacuación precisamente en los momentos en que menos parecía que se desatarían las fuerzas de la naturaleza.

Es un hecho notorio también que muchas personas frente al peligro que se anunciaba se resistieron a abandonar sus parcelas y sus bienes. Se apegaron a ellos, desobedecieron las órdenes que la autoridad les impartió para que buscaran un refugio más seguro, ejercitando así su derecho de elección que fue respetado por la autoridad pública.

Frente a la fuerza mayor que exime de responsabilidad y ante la ausencia de norma legal que asegure la indemnización de las víctimas de los cataclismos el país tiene que educarse en la filosofía que informa la solidaridad.

Aun aceptando que pudiera hablarse en estos asuntos teóricamente de falla del servicio por omisión en la evacuación de la población y falta de medida de previsión tampoco podría accederse a las pretensiones indemnizatorias de los demandantes dado el carácter relativo que, según la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como extranjera tiene la institución de la falla del servicio.

Si bien es cierto que en los términos del artículo 16 de la Constitución Política las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra y bienes y que a partir de este texto se fundamenta la responsabilidad del Estado, también lo es que esa responsabilidad no resulta automáticamente declarada cada vez que una persona es afectada en tales bienes, pues la determinación de la falla que se presente en el cumplimiento de tal obligación depende de las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se hubieran sucedido los hechos así como de los recursos con que contaba la Administración para prestar el servicio para que se pueda deducir que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna dentro de la idea de que nadie está obligado a lo imposible.

En el plano de lo ideal el Estado debería responder por toda muerte violenta acaecida en el territorio nacional, siempre que muera una persona por falta de asistencia médica, por los niños que queden sin escuela, por los desastres aéreos en zonas carentes de radioayudas, por todos los derrumbes de las carreteras, por epidemias no controladas, etc., pero podría el patrimonio estatal hacer frente a todas esas demandas cuando sus servicios públicos si logran apenas tener una pequeña cobertura? Sería razonable permitir esa responsabilidad irrestricta y en todos los casos con desmedro del mantenimiento en los límites propios de nuestra realidad económica y social, de los modestos servicios actuales? No sería peor el remedio que la enfermedad?

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden sintetizarse así:

1o): El argumento de la sentencia en cuanto a que la Administración no es responsable del daño que se le imputa, porque el nexo causal quedó roto por una causa ajena al demandado, es equivocado ya que, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, el nexo causal se establece entre la conducta asumida por la Administración y el daño sufrido por la víctima. Si los efectos de la erupción de un volcán como el Arenas eran imprevisibles e irresistibles para la Administración, esta no es culpable del daño que esos efectos les hayan causado a las víctimas. Pero si los efectos no tenían esas características y no hizo nada para evitarlos es un error ostensible sostener que la Nación no es responsable de las consecuencias dañinas de la erupción volcánica.

Frente a esa doctrina de la Sección Tercera se plantea la tesis de la Sala Plena del Consejo de Estado (sentencia de 7 de febrero de 1989, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez) en relación con la actitud que debe asumir la Administración cuando se presenten acontecimientos extraordinarios como el de la erupción del volcán.

En dicha sentencia se expresó que cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere la presencia especial de la autoridad y si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve necesariamente en negligencia causante de perjuicio y originaria de responsabilidad.

2o): El argumento de que "nadie está obligado a lo imposible" pugna con la Doctrina de la Sala Plena (sentencia de 15 de febrero de 1991, Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez), en la cual se expresó que el artículo 16 de la Constitución Nacional establece una condición sine qua non de existencia de las autoridades de la República: la protección a la vida, honra y bienes de los habitantes; el artículo 20 ibídem obliga a los funcionarios a actuar en todos los casos que requieran la presencia del Estado y establece la responsabilidad por falta de actividad; a su vez que el artículo 120 ibídem dispone que sea el Presidente de la República el supremo guardián del orden público en sus facetas de seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad.

Del cotejo de las dos tesis jurisprudenciales surge una ostensible y protuberante contradicción, porque mientras la Sección Tercera sostiene que en el caso de Armero la Administración debe permanecer incólume, impávida porque nadie está obligado a lo imposible, la Sala Plena dispone que todos los funcionarios están obligados a actuar en todos los casos y que el Presidente de la República debe velar por la seguridad de los asociados.

3o): La tesis según la cual no tiene responsabilidad quien se encuentre impedido para actuar bajo el imperio de la fuerza mayor, que tiene como característica esencial la irresistibilidad, es muy distinta de la que al respecto sostiene la Sala Plena en sentencia de 12 de julio de 1988, Consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez, en la cual se expresó que la protección que a la vida, honra y bienes de los ciudadanos deben las autoridades según el artículo 16 de la Constitución Política no puede concebirse como estática, es decir, no puede aceptarse que los organismos policivos sean pasivos, entregados a la espera de la petición de protección por parte del miembro de la comunidad que la necesita, sino que deben observar una actitud de alerta determinada por las circunstancias de cada momento que viva la comunidad.

4o): La causa de la tragedia era previsible.

No obstante que a la Administración los científicos, geólogos, el Parlamento, etc., le pidieron que actuara para proteger la vida y bienes de los habitantes de Armero, aquella no realizó hecho alguno en tal sentido, y es precisamente por esto que se le acusa de omisión.

La causa de la tragedia no fue la erupción volcánica sino la manifiesta negligencia de la Administración en haber adoptado las medidas para evitar los daños que produjera la avalancha.

La Sección Tercera al referirse a la causa de la tragedia manifiesta que aunque fue previsible le fue irresistible.

Para poder alegar fuerza mayor lo que debe ser irresistible son los efectos, no la causa.

La Doctrina de la Sección se encuentra en contradicción con la tesis de la Sala Plena expuesta en la sentencia de 3 de octubre de 1981, según la cual las circunstancias extraordinarias sobrevinientes imponen la presencia de las autoridades al menos para tratar de evitar el daño.

5o): Para la Sección Tercera no es de recibo el argumento de que la Administración ha debido ordenar la evacuación de los habitantes. Para la Sala Plena (sentencia de 5 de mayo de 1988, Consejero ponente doctor Amado Gutiérrez Velásquez), cuando sobrevienen circunstancias extraordinarias se requiere la presencia especial de la autoridad y si ésta no acude, su omisión consentida se resuelve en negligencia causante de perjuicio y originaria de responsabilidad.

Es de público conocimiento que la autoridad no hizo acto de presencia.

6o): En la sentencia recurrida se dice que la nota de imprevisibilidad se dio también pues durante el período comprendido entre el 8 de octubre y el 10 de noviembre de 1985, esto es, pocos días antes de la tragedia, la fumarola y las emisiones de ceniza y gases se redujeron en forma sustancial por lo cual no podía exigírsele a la población la evacuación precisamente en los momentos en que menos parecía que se desatarían las fuerzas de la naturaleza.

Este argumento es deleznable porque entre el 11 y el 13 de noviembre las manifestaciones eruptivas del volcán hicieron crisis. El 13 de noviembre a las 3:00 p.m. estalló la primera gran erupción y en este momento la Administración debió estar alerta para evacuar. A las 9:15 p.m. estalló definitivamente el cráter y los vecinos informaron a las autoridades y a partir de este aviso transcurrieron más de dos horas para la iniciación de la tragedia, tiempo suficiente para que la Administración evacuara la población, y no se hizo porque las autoridades estaban desprevenidas.

La tesis de la Sección Tercera contraría la Doctrina de la Sala Plena contenida en la sentencia de 12 de julio de 1988, Consejero ponente doctor Simón Rodríguez, en cuanto allí se dijo que la protección que a la vida, honra y bienes de los ciudadanos deben las autoridades según el artículo 16 de la Constitución Política no puede concebirse como estática, es decir, no puede aceptarse que los organismos policivos sean pasivos, entregados a la espera de la petición de protección por parte del miembro de la comunidad que la necesita, sino que deben observar una actitud de alerta determinada por las circunstancias de cada momento que viva la comunidad.

7o): El argumento de la sentencia en cuanto a que frente a la fuerza mayor que exime de responsabilidad y ante la ausencia de norma legal que asegure la indemnización de las víctimas de los cataclismos, el país tiene que educarse en la filosofía que informa la solidaridad, contraría la tesis de la Sala Plena expuesta en sentencia de 7 de febrero de 1989, Consejero ponente doctor Miguel González Rodríguez, en la cual se dice que la condena de la Nación y el Ministerio de Defensa se fundamenta en los artículos 16, 20 y 120 numeral 7o. de la Constitución Nacional, ya que el Presidente de la República como tal debía mantener el orden público y la seguridad de los habitantes del territorio nacional.

8o): Dice la sentencia recurrida que las víctimas optaron por asumir el riesgo frente a la tragedia que presentían, y que muchas personas se resistieron a abandonar sus parcelas y bienes. De ello se deriva la conclusión de que es un hecho notorio que el peligro de la tragedia estaba previsto y no era irresistible.

La posición de la sección tercera contradice la sentencia de la Sala Plena que se refiere a que la autoridad tiene medios que le da la soberanía para reprimir contra la voluntad de los asociados aquellas conductas que ponen en peligro la subsistencia del grupo, y que el Presidente de la República en uso del numeral 7o. del artículo 120 puede ordenar el desalojo de la población para mantener el orden público y lograr la seguridad.

En este caso si la autoridad no empleó esos medios es responsable de todos los daños que por indolencia e inacción se produjeron.

9o): Dice la sentencia que, aun aceptando que pudiera hablarse en estos asuntos teóricamente de falla del servicio por omisión en la evacuación de la población y falta de medida de previsión, tampoco podría accederse a las pretensiones indemnizatorias de los demandantes dado el carácter relativo que, según la jurisprudencia y la doctrina tanto nacional como extranjera, tiene la institución de la falla del servicio.

Esta afirmación contradice la sentencia de 16 de julio de 1980 de la Sala Plena que sostiene que las entidades estatales son responsables por omisión no de manera absoluta sino relativa, condicionada a la existencia de determinadas circunstancias: solicitud expresa de intervención dirigida a la autoridad con capacidad funcional de conformidad con las exigencias y formalidades establecidas en las leyes.

10o): La sentencia recurrida contraría la sentencia de la Sala Plena de 12 de junio de 1984, Consejero ponente doctor Bernardo Ortiz A., que se refiere al compromiso de poner todos los instrumentos que se tengan al alcance para la debida protección de los bienes tangibles e intangibles.

En el caso de Armero la Administración no utilizó ninguno de los instrumentos eficaces para dar la debida protección a los moradores del municipio, pese a que ellos solicitaron apoyo en reiteradas ocasiones sin que las autoridades realizaran el mínimo esfuerzo para auxiliarlos.

IV.- CONSIDERACIONES:

En primer término debe precisar la Sala que no entrará a pronunciarse respecto de los cargos 4o. y 5o. por cuanto las sentencias que se invocan como contrariadas, esto es, las de 3 de octubre de 1981 y 5 de mayo de 1988 no fueron aportadas por el recurrente y tampoco fueron halladas por la Relatoría de esta Corporación.

Tampoco lo hará frente al cargo 7o. ya que la sentencia de 7 de febrero de 1989 (Expediente No. S-067, Consejero ponente: doctor Miguel González Rodríguez), que se cita como contrariada, no se refirió al aspecto que menciona el impugnante.

Y, en lo tocante a los cargos 2o. y 8o. las citas de los apartes de la providencia que allí se hacen no corresponden a consideraciones de la Sala Plena sino a una transcripción de la sentencia de la Sección Tercera que fue objeto del recurso extraordinario de súplica, como se lee a folios 55 y 57 del cuaderno No. 1.

En conclusión, sólo es procedente el estudio de los cargos 1o., 3o., 6o., 9o. y 10o. Para ello, se tiene en cuenta lo siguiente:

Los apartes que destaca el recurrente en las sentencias referidas en los citados cargos se encuentran dentro del contexto de la falla del servicio por hechos concretos ocurridos en la Plaza Corraleja de Sincelejo, la muerte violenta del Presidente del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar y la invasión a un terreno de propiedad particular.

El común denominador en dichas sentencias fue la omisión de la Administración Pública frente a hechos que hubieran podido evitarse, es decir, en los cuales no medió una eximente de responsabilidad, por un hecho de la naturaleza como lo es en el evento *sub-lite* la fuerza mayor.

Se trata, pues, de un punto de derecho diferente al que se contrae la sentencia suplicada que, aun cuando referido a una misma materia: la responsabilidad de la Administración, impide a la Sala hacer la confrontación que reclama el medio de impugnación extraordinario, porque hacerlo la conduciría indefectiblemente a inmiscuirse en cuestiones fácticas propias del proceso sujeto a su conocimiento para entrar a analizar si estaba o no probada dicha eximente de responsabilidad y por lo mismo si se presentó o no la falla del servicio por omisión, en la cual tienen cabida las consideraciones de las sentencias invocadas como contrariadas, convirtiéndose en una tercera instancia que no es de la esencia de aquel.

Lo precedente conlleva la improsperidad del recurso, como en efecto se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

FALLA:

NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia de 26 de agosto de 1994, proferida por la Sección Tercera de esta Corporación.

Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente a la Sección de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de julio de mil novecientos noventa y cinco.

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente - Ausente
ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Ausente
JOAQUIN BARRETO RUIZ
GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Salvo el voto
JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO
MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF
CLARA FORERO DE CASTRO
Ausente
DELIO GÓMEZ LEYVA
MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ
AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ
Ausente
LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA
ÁLVARO LECOMPTE LUNA
CARLOS ORJUELA GÓNGORA
DOLLY PEDRAZA DE ARENAS
LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
YESID ROJAS SERRANO
CONSUELO SARRIA OLCOS
MARIO ALARIO MÉNDEZ
Con aclaración de voto

NOTA DE RELATORÍA: En el mismo sentido pueden consultarse las sentencias del 1o. de diciembre de 1995 en el Exp. S-412; Actor: Rosa Elvira González Beltrán; Consejera Ponente: Dra. Clara Forero de Castro: la sentencia de 3 de noviembre de 1995, Exp. S-450, Actora: Aminta Mendoza Rodríguez y otros, Consejero Ponente: Dr. Yesid Rojas Serrano, y la del 20 de noviembre de 1995, Exp. S-411, Actor: Dayssi Guzmán Vanegas, Consejera Ponente: Dra. Miren de La Lombana de Magyaroff.

PERENCIÓN DEL PROCESO/JURISPRUDENCIA DE NORMA DEROGADA -Improcedencia/**LEY/FUENTE DE DERECHO.**

La tesis de la providencia del 4 de octubre de 1983 Exp.11046 que se dice transgredida, tuvo como fundamento la aplicación del C. de P.C., en ausencia de norma expresa del Código Administrativo en esa época. Pero téngase presente que actualmente el artículo 148 del C.C.A. regula expresamente la materia, y en forma diferente. Como se puede advertir fácilmente, no puede una jurisprudencia que servía a una norma que ahora no rige, considerarse posteriormente transgredida, por ello implicaría, que una norma aplicable pudiese serlo en virtud del recurso de suplica, lo cual viola el principio básico de que la ley es fuente primigenia del derecho, lo cual cobra ahora más importancia dados los cambios constitucionales y legislativos sucedidos en el país a partir de 1991. Aclara la Sala que la figura de la perención consagrada en el artículo 148 del C.C.A., contiene ahora una diferente regulación de la prevista en el artículo 346 del C. de P.C., pues mientras en la jurisdicción ordinaria se debe aplicar "por estar pendiente su trámite de un acto del demandante" durante seis o más meses, en el falta de impulso al proceso en general, y éste corresponde al actor, observando sí que varios aspectos del fenómeno que se estudia, en el campo civil, sufrieron algunas modificaciones con las normas sobre descongestión (Decreto 2651/91 y ley 192/95).

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá, D. C., julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. S-200. Actor: Sociedad Compañía Aerolíneas Territoriales de Colombia Limitada. Recurso Extraordinario de Súplica.

La sociedad "AEROLÍNEAS TERRIRORIALES DE COLOMBIA LIMITADA, AEROTAL", interpuso el recurso extraordinario de súplica contra la providencia proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado, que confirmó el auto del 18 de julio de 1990 dictado por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca y mediante el cual se decretó la perención del proceso, promovido en el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y adelantado por la citada sociedad contra la Resolución No. 7417 de 9 de octubre de 1984 proferida por el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

En esencia, el recurrente señala que la consagración de la figura de la perención en el C. de P.C., es diferente a la prevista en el C.C.A., pues en aquel la inactividad por más de 6 meses del actor ante la práctica de una prueba, genera la perención del proceso de acuerdo con el artículo 346, en tanto que en el artículo 148 del C.C.A., se consagró esta figura, pero en forma diferente, pues solo es viable cuando el impulso total del proceso depende de la actividad del demandante, y no simplemente de la práctica de una prueba, ya que la perención se predica, frente al proceso y no ante alguna pieza o factor de aquel.

Considera el actor que el auto suplicado contrarió las siguientes providencias:

1) Auto del 4 de octubre de 1983 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, expediente 11046, 2) Auto de primero de octubre de 1986 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente No. 4822 y 3) Auto del 4 de octubre de 1984, de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, expediente No. 3775.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1) La parte principal de la providencia que se impugna expresa:

"No puede negarse, pues la evidencia de las pruebas acabadas de relacionar es incontrastable, que el actor sí dejó transcurrir más de seis meses para hacer lo que le correspondía. Era una actuación que sólo tocaba a él y a nadie más. El Juez ya había hecho lo suyo y para que se cumpliera lo ordenado por él, el actor debía hacerse presentea a fin de satisfacer las expensas procesales. al no hacerlo en el término de seis meses abrió el campo para que se adujera por la contraparte la perención del proceso.

No obstante la claridad de la situación, el apelante se distrae haciendo alusión a otra prueba decretada, esto es, a la práctica de una inspección judicial con intervención de peritos en las oficinas de la demandante. No se sabe ciertamente qué trata de decir cuando manifiesta que, "finalmente el segundo perito vino a posesionarse en los últimos dias hábiles del año de 1989", pues según consta a folio 187 del expediente, la diligencia de posesión de dicho perito se efectuó el trece (13) de septiembre de 1989, es decir, a más de tres meses para finalizar el año judicial. Pero es que además, el argumento no tiene

nada que ver con su no concurrencia durante más de seis meses a cumplir con su obligación de cancelar el costo de las fotocopias para que se cumpliera la prueba por el solicitada y decretada por el juez.".

2) El cargo formulado por el recurrente con base en los autos dictados por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, no se examinarán por improcedentes, pues esta Corporación en reiterada jurisprudencia, para efecto del recurso extraordinario de súplica ha dicho que la jurisprudencia que se debe invocar y tener en cuenta, "no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena de lo Contencioso del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico", según lo dijo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 6 de junio de 1991, con ponencia del Dr. Miguel González Rodríguez.

3) En cuanto hace relación a la providencia de la Sala Plena invocada por el recurrente, se estima necesario transcribir lo que en esa oportunidad se dijo:

– Auto de 4 de octubre de 1983, expediente No. 11046:

"5. Ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa se adelantan procesos que pueden clasificarse en tres grandes grupos: a) los adelantados con acción popular (los de simple nulidad y los electorales) en los cuales no se investigan intereses privados y cuyo objetivo único es el de la defensa del derecho objetivo (arts. 66 y 200 C.C.A.). En ellos repugna, en principio, y salvo norma especial y expresa, la aplicación de las normas del C. de P.C. sobre perención; b) los adelantados en acción de plena jurisdicción es decir, nulidad y restablecimiento del derecho (art. 67 C.C.A.) y c) los adelantados con acciones declarativas y de condena.

Acciones indemnizatorias directas de responsabilidad contractual o extracontractual (arts. 68 C.C.A y 30 y 32 Decreto Ley 528 de 1964). En los contemplados en los literales b) y c); en los cuales el objetivo principal para el demandante (aún en los de plena jurisdicción) es la obtención del restablecimiento de su derecho privado lesionado, configurativos de verdaderas controversias, con litis propia, dados los encontrados intereses y en los cuales, parece lógico y armónico el sujetarlos a las previsiones del C. de P.C., sobre la perención de los procesos, entre otras cosas porque de ellos conocía, con sujeción al C. de P.C., la justicia ordinaria, hasta la expedición del Decreto Ley 528 de 1964.

Demostrada, como está, la inactividad de la parte actora, por más de seis meses, habrá de revocarse la providencia recurrida para decretar la perención solicitada." (se subraya)

La tesis central de esta providencia para el caso que nos ocupa, consiste en señalar que la perención procede frente a las acciones cuyo contenido está orientado al

restablecimiento de un derecho privado lesionado, como ocurre cuando se ejercita la de restablecimiento del derecho, pero no cuando se trata de la defensa del derecho objetivo, como cuando se utiliza la acción de simple nulidad.

Por lo tanto, como la acción instaurada por el actor fue la de nulidad y restablecimiento del derecho, esta providencia en principio le daría la razón a la providencia suplicada, antes que al recurrente, pues en aquella no se controvirtió lo que ahora se controvierte, es decir, si la perención requería de la inactividad total del proceso o solamente de una actuación procesal.

De otra parte, la tesis de la providencia que se dice transgredida, tuvo como fundamento la aplicación del C. de P. C., en ausencia de norma expresa del Código Administrativo en esa época. Pero téngase presente que actualmente el artículo 148 del C.C.A. regula expresamente la materia, y en forma diferente.

Como se puede advertir fácilmente, no puede una jurisprudencia que servía a una norma que ahora no rige, considerarse posteriormente transgredida, por que ello implicaría, que una norma inaplicable pudiese serlo en virtud del recurso de súplica, lo cual viola el principio básico de que la ley es fuente primigenia del derecho, lo cual cobra ahora más importancia dados los cambios constitucionales y legislativos sucedidos en el país a partir de 1991.

Aclara la Sala que la figura de la perención consagrada en el articulo 148 del C.C.A, contiene ahora una diferente regulación de la prevista en el articulo 346 del C. de P. C., pues mientras en la jurisdicción ordinaria se debe aplicar "por estar pendiente su trámite de un acto del demandante" durante seis o más meses, en el articulo 148 del C.C.A., se prevé ella, cuando la inactividad es por falta de impulso al proceso en general, y éste corresponde al actor, observando sí que varios aspectos del fenómeno que se estudia, en el campo civil, sufrieron algunas modificaciones con las normas sobre descongestión (decreto 2651/91 y L. 192/95).

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

FALLA:

PRIMERO: NO PROSPERA el recurso extraordinario de súplica Interpuesto por las AEROLÍNEAS TERRITORIALES DE COLOMBIA LTDA. "AEROTAL," contra la providencia del 24 de mayo de 1991, proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

SEGUNDO: En firme este proveído, devuélvase el expediente a la Sección Primera.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JESÚS MARÍA CARRILLO

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO
Salva Voto

JULIO ENRIQUE CORREA R.

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

CLARA FORERO DE CASTRO

DELIO GÓMEZ LEYVA

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

LUIS EDUARDO JARAMILLO M.

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

MARIO ALARIO MÉNDEZ
Aclara Voto

JUAN DE DIOS MONTES H.

CARLOS ORJUELA GÓNGORA
Ausente

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

CONSUELO SARRIA OLCOS

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Secretaria general

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA/JURISPRUDENCIA DE SECCIÓN-Procedencia

Creo pues que, en los términos del artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando se contrariara alguna jurisprudencia, fuera ésta de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de alguna de las secciones que la componen. La Corporación a que se refiere la norma (art. 130 C.C.A.) es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin duda, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado.

PERENCIÓN DEL PROCESO

Se dice en la sentencia que la figura de la perención consagrada en el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo contiene diferente regulación de la prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, pues en tanto que según esta última disposición se debe aplicar "por estar pendiente su trámite de un acto del demandante", aquella prevé que la perención tiene lugar por falta de impulso en el proceso cuando éste corresponda al demandante. Pero en ello no hay diferencia. Decir que el demandante deja de cumplir actos de los que pende la tramitación del proceso o que deja impulsar el proceso, es decir lo mismo.

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente S-200. Demandante Sociedad Compañía Aerolíneas Territoriales de Colombia Limitada. Recurso Extraordinario de Súplica.

ACLARACIÓN DE VOTO

I.

Disponía el artículo 2o. de la ley 11 de 1975 que el recurso de súplica procedía contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las secciones en las que, sin la previa autorización de la Sala Plena, se acogiera doctrina contraria a "alguna jurisprudencia".

La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en providencia de 25 de marzo de 1981, expresó que "la jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica, en la consagrada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado" (Anales, t. C., núms. 469-470, p. 527). Es éste el criterio que ha prevalecido desde entonces, con base en el cual se ha tenido por improcedente el recurso de súplica interpuesto respecto de providencias que contengan doctrina contraria a la jurisprudencia de las secciones en que se encuentra dividida la Sala.

Mi opinión es otra. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2o. de la ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando las secciones acogían doctrina contraria "alguna jurisprudencia", ya se dijo. Pero el adjetivo alguna denota indeterminación, y esa indeterminación resulta incompatible con la identificación inequívoca que se pretende y que llevó a la conclusión de que era la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisamente aquélla a que se refería la mentada disposición.

Creo pues que, en los términos del artículo 2o. de la ley 11 de 1975, el recurso de súplica procedía cuando se contrariara alguna jurisprudencia, fuera ésta de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de alguna de las secciones que la componen.

Hoy, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, el recurso de súplica procede contra los autos interlocutorios y las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a "la jurisprudencia de la corporación". Respecto de esta nueva disposición se dijo, en sentencia de 4 de julio de 1991, que la jurisprudencia cuya contrariedad hace procedente el recurso de súplica es la de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, no porque los pronunciamientos o interpretaciones o teorías aprobadas por una de las secciones no sean jurisprudencia, "sino porque la disposición se refiere a la circunscrita a los pronunciamientos de la corporación, y aquí corporación tiene la acepción específica de Sala Plena de lo Contencioso Administrativo" (Anales, t. CXXIV, primera parte, p. 29).

Es también otra mi opinión. La corporación a que se refiere la norma es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dadas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Compartí el criterio mayoritario, pero debía manifestar mi inconformidad con el parecer según el cual sólo la contrariedad a la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo hace procedente el recurso de súplica.

II.

Por otra parte, se dice en la sentencia que la figura de la perención consagrada en el artículo 148 del Código Contencioso Administrativo contiene diferente regulación de la prevista en el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, pues en tanto que según esta última disposición se debe aplicar "por estar pendiente su trámite de un acto del demandante", aquélla prevé que la perención tiene lugar por falta de impulso en el proceso cuando éste corresponda al demandante.

Pero en ello no hay diferencia. Decir que el demandante deja de cumplir actos de los que pende la tramitación del proceso o 'que deja de impulsar el proceso, es decir lo mismo.

Finalmente, y aparte de lo anterior, esa reflexión resultaba innesaria para la adopción de la decisión de que se trataba.

MARIO ALARIO MÉNDEZ

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO-Características/**DEBATE PROBATORIO-**Improcedencia/**CONTROL DE LEGALIDAD-**Improcedencia/**CUMPLIMIENTO DE LA LEY/ACTO ADMINISTRATIVO-**Cumplimiento

La acción de cumplimiento no permite un debate probatorio como el que mencionan los accionantes y recurrentes, toda vez que se trata simplemente de un mecanismo para hacer que las autoridades cumplan con las leyes que las rigen y den cumplimiento, también a los actos administrativos que les son obligatorios, sin que sea el mecanismo apropiado para establecer la legalidad o ilegalidad de sus actuaciones o para establecer cuestiones técnicas o científicas a través de pruebas judiciales. A través de la acción de cumplimiento ni se juzga la legalidad o ilegalidad de las actuaciones oficiales sino lo que se busca es el cumplimiento, como su nombre lo indica, de una ley o de un acto administrativo.

ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO/SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA

La corporación tiene establecido que el conocimiento de las acciones de cumplimiento, corresponde a la Sala Plena Contencioso Administrativa. NOTA DE RELATORIA: En el mismo sentido la providencia del 28 de septiembre de 1994, Exp. AC-2046, Actor: Corporación Labor Pública, Consejero Ponente Dr. DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN SINGULAR/Inconveniencia/**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL-**Aplicación/**CUMPLIMIENTO DE LA LEY/ACTO ADMINISTRATIVO-**Cumplimiento/**PRINCIPIO DE LEGALIDAD/TÍTULO EJECUTIVO/OBLIGACIÓN/LEY-**Características.

Se trata del ejercicio de la acción de cumplimiento de la ley o de actos administrativos, en materias ambientales regulada por los arts. 77 y siguientes de la ley 99 de 1993, a la cual se le aplica el procedimiento de ejecución singular regulado en el código de procedimiento civil y lo primero que debe resaltar la Sala, era la inconveniencia y la dificultad de aplicar las normas que rigen el proceso ejecutivo tendiente a hacer efectivas las obligaciones entre particulares, a aquel mediante el cual se pretende el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo. En efecto, las autoridades públicas que actúan dentro de un estado de derecho están sometidas al principio de legalidad, el cual implica que solo puede realizar aquellas actividades que le han sido atribuidas como competencias propias de su cargo y respecto de las cuales tiene la obligación de ejercerlas y cumplirlas. Así las cosas, mas de un título ejecutivo en que conste una obligación clara, expresa y exigible, la ley es para las autoridades que ejercen funciones públicas, la fuente de la cual deriva su potestad de ejercicio y a la vez su obligación de ejercer o realizar una actividad, que constituye la concreción de una función estatal.

PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE/ACCIÓN DE CUMPLIMIENTO- Requisitos/**CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES/ERRADICACIÓN DE CULTIVOS ILÍCITOS/LICENCIA AMBIENTAL.**

Las acciones de cumplimiento en materia ambiental, reguladas por la ley 99 de 1993, ha dicho la Sala que se requiere que exista una obligación determinada y que ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar y en el caso de autos se trata, según los términos del memorial presentado por los accionantes, de que el Consejo Nacional de Estupefacientes cumpla con lo dispuesto en diferentes normas sobre la obtención de licencia sanitaria, de licencia ambiental y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para realizar actividades que afectan al medio ambiente. En relación con este aspecto, se observa que el Consejo Nacional de Estupefacientes debe cumplir las normas legales aplicables a la actividad que le ha sido atribuida, como competencia propia, de erradicar los cultivos ilícitos, es decir, que existe una obligación determinada, de manera expresa por el ordenamiento jurídico la cual es la que los accionantes pretenden que se cumpla.

CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES/ERRADICACIÓN DE CULTIVOS ILÍCITOS/RÉGIMEN DE TRANSICIÓN/LICENCIA AMBIENTAL- Improcedencia/**GLIFOSATO**

Estando debidamente establecido que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad asignada al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986, que la ejecuta a través de la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional y que la inició con anterioridad a la expedición de la ley 99 de 1993

y de su decreto reglamentario, tal como lo demuestran los conceptos de las autoridades de salud y del medio ambiente a que se ha hecho referencia, se llega a la conclusión de que a dicha actividad se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la misma ley y desarrollado en su decreto reglamentario, según el cual no se requiere la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales que lo consideren necesario puedan intervenir, para que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente con el fin de conservarlo sano, de recuperarlo o de restaurarlo según el caso.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contecioso Administrativo. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: DRA. CONSUELO SARRIA OLCOS.

Referencia: Radicación No. AC-2820. Acción de Cumplimiento. Apelación sentencia de 18 de mayo de 1995 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección primera. Actor: Juan Carlos Londoño Gómez y Omaira Morales Ramírez. AUTO.

Resuelve la Sala de apelación interpuesta por los accionantes Juan Carlos Londoño Gómez y Omaira Morales Ramírez contra la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 18 de mayo de 1995 mediante la cual resolvió "Abstenerse de librar mandamiento de ejecución contra el Consejo Nacional de Estuperfacientes, Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho".

1. ANTECEDENTES

Los ciudadanos Juan Carlos Londoño Gómez y Omaira Morales Ramírez, con fundamento en los artículos 77 y siguientes de la ley 99 de 1993 y en ejercicio de la acción de cumplimiento allí prevista, acudieron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y plantearon las siguientes "Pretensiones".

"PRIMERA: Que se ordene al CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES, el cumplimiento inmediato de los mandatos y requisitos previos contemplados en las siguientes normas legales: Constitución Política de la República de Colombia, artículos 79 y 80; ley 99 de 1993, artículos 1o.-6-11, 49, 50, 51, 54, 57 y 59; ley 9a. de 1979, artículos 136 y 142; decreto reglamentario No. 1843 de 1991, artículos 95, 186 literales a), b), c), e) y h), 187 literales b), c), e) y f); 188 y 191; Acuerdo suscrito con los campesinos del Guaviare y los Accionantes, puntos 3 y 4; resolución 0001 de febrero 11 de 1994 numerales 1, 2, 3.4 y 4.

"SEGUNDA: Como consecuencia de lo anterior y como medida cautelar previa, se ordene al Consejo Nacional de Estupefacientes, la suspensión inmediata de la asperción (sic) aérea de herbicidas o cualquier sustancia similar, dentro del territorio de la Jurisdicción del Departamento del Guaviare, hasta tanto no se cumpla a cabalidad con los estudios previos del impacto ambiental y socioeconómico

en la región; se constituyan los comités de seguimiento y control correspondiente y se hayan tramitado las licencias ambiental y sanitaria entre las autoridades competentes; teniendo en cuenta la información y concepto técnico suministrado por la Corporación para el Desarrollo sostenible del Norte y Oriente Amazónico, CEA; el departamento del Guaviare; la Asamblea Departamental del Guaviare; los Alcaldes y Consejos Municipales de San José del Guaviare; el Retorno, Calamar y Miraflores.

"TERCERA: Igualmente para asegurar el cumplimiento de las normas violadas y como medida preventiva, ordenar al Ministro de Defensa Nacional y demás miembros del Consejo Nacional de Estupefacientes, se abstengan de seguir adelantando por cualquier medio de comunicación, actos propagandísticos o declaraciones sobre la 'inocuidad' y los efectos 'no nocivos' del uso del glifosato sobre el cuerpo humano".

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, los accionantes precisan que en el mes de septiembre de 1994 se inició en el Departamento del Guaviare un proceso masivo de "esparción" (sic) aérea con sustancias herbicidas, que al decir de las autoridades se trata de Glifosato.

Que el citado herbicida está siendo depositado a gran escala sobre cultivos ilícitos de coca, también sobre la selva vírgen, cerca de las fuentes de agua y sobre cultivos lícitos de caucho, pastos, yuca, plátano, maíz, árboles frutales, caña de azúcar, huertas caseras, jardines y casas de habitación presumiblemente debido a que las autoridades de antinarcóticos no pueden cumplir los mandatos técnicos referidos a la altura mínima de 10 metros para la aspersión del herbicida por razones topográficas y problemas de orden público.

Que dicha fumigación ha dañado no solamente los cultivos y las fuentes de agua, sino que inclusive se ha vertido sobre personas y varios resguardos indígenas, además que no ha contado con los estudios técnicos previos sobre impacto ambiental y socio económico en la región del Guaviare y con las licencias sanitaria y ambiental, violando claros mandatos constitucionales y legales.

Que en protesta por los hechos anteriores, las comunidades afectadas adelantaron una movilización para solicitar la suspensión de la aspersión de esos químicos hasta que se realizaran los estudios técnicos y así quedó pactado en el acuerdo suscrito para superar el conflicto.

Que las fumigaciones han continuado de manera indiscriminada y sin ningún control.

Citaron como NORMAS VIOLADAS las siguientes:

– Artículos 79 y 80 de la Constitución Nacional.

– Artículo 1 numeral 6, 49, 50 y 51 de la ley 99 de 1993.

– Artículos 136 y 142 de la ley 9 de 1979,

– Artículos 95, 186 literales b), c), e), h), i); 187 literales b), c), e), f); 188 y 191 del decreto reglamentario 1843 de 1991.

- Resolución 0001 del 11 de febrero de 1994 expedida por el Consejo Nacional de Estuperfacientes.

- También afirman la violación del acuerdo suscrito entre el Gobierno Nacional y los representantes de los campesinos del Guaviare en sus puntos 3 y 4.

El CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN respecto de las normas anteriores, en síntesis, lo precisan así:

– Por mandato constitucional es obligación del Estado prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, lo cual no se puede soslayar con argumentos exegéticos o formales. Y en el caso que se alega hay carencia absoluta de estudios previos, licencias y actividades de prevención y control por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes, respecto de los efectos de aspersión aérea de herbicidas, en un área de especial protección ecológica como la Amazonía. todo lo cual desconoce el derecho de las personas a disfrutar de un ambiente sano y a participar en las desiciones que puedan afectarlas.

– Según las normas invocadas, cualquier actividad quepueda causar deterioro ambiental grave sobre recursos naturales renovables y el medio ambiente, requiere licencia ambiental previa, para obtener la cual, se requiere de un estudio de impacto ambiental, como instrumento básico para la toma de desiciones sobre dichas actividades.

– De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1o. numeral 6 de la ley 99 de 1993, la Procuraduría General de la Nación afirma que debe cumplirse con el principio de precaución, en el sentido de que siendo el medio ambiente patrimonio público, la utilización de los recursos naturales debe garantizar el desarrollo sostenible y deben tomarse medidas eficaces para impedir su degradación y que si bien es cierto que el Consejo Nacional de Estupefacientes, de conformidad con las normas que los rigen tiene la facultad para disponer la destrucción de los cultivos de los cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, debe oír el concepto de los organismos encargados de preservar el ecosistema, todo lo cual debe estar fundamentado en estudios previos de tipo ambiental y epidemiológico y contar con medidas preventivas de mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales. De acuerdo con lo anterior la Procuraduría, en el concepto referido, consideró que mientras no se cumplieran dichos lineamientos, la fumigación aérea a los cultivos ilícitos debía suspenderse.

El anterior concepto no ha sido tenido en cuenta por el Consejo Nacional de Estupefacientes.

– El Consejo Nacional de Estupefacientes tampoco ha cumplido con la obligación que le establecen los artículos 136 y 142 de la ley 9 de 1979, en el sentido de tomar todas

las medidas adecuadas a fin de evitar riesgos para la salud de las personas y la contaminación de los productos de consumo humano o del ambiente, cuando de la aplicación de plaguicidas, se trata.

Además el Consejo Nacional de Estupefacientes carece del permiso de la Aeronáutica Civil y de la licencia sanitaria correspondiente, para realizar la aspersión aérea con Glifosato.

–El Consejo Nacional de Estupefacientes tampoco ha coordinado con el Ministerio de Salud y las autoridades sanitarias del nivel seccional las medidas preventivas de vigilancia epidemiológica yv de control sanitario requeridas y que son de obligatorio cumplimiento.

–Ha existido una publicidad indebida frente a los efectos de los plaguicidas, atribuible al Consejo Nacional de Estupefacientes y cira algunos ejemplos al respecto.

– Según el acuerdo suscrito por el Gobierno Nacional con los representantes de los campesinos del Guaviare el Gobierno debía suspender la fumigación de los pequeños cultivos de coca, (inferiores a tres hectáreas) y continuar con la fumigación de los demás, con el lleno de todos los requisitos legales vigentes sobre la materia, los cuales serán constatados por una Comisión integrada por los representantes de las entidades del Gobierno, los de las comunidades campesinas firmantes y los representantes de la Procuraduría y de la Defensoría del Pueblo.

Sin embargo, en una actitud arrogante al Consejo Nacional de Estupefacientes ha desconocido lo pactado y ha ordenado continuar con la aspersión aérea de químicos, sin tener en cuenta el tamaño de las plantaciones y sus efectos sobre los cultivos lícitos.

Cita jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los acuerdos con las comunidades e insiste en la necesidad de que la autoridad competente exija su cumplimiento, ya que los firmantes formaron parte de los firmantes del acuerdo y no han sido convocados para verificar el proceso, como tampoco lo han sido la Procuraduría y la Defensoría del Pueblo.

–Pero además, el Consejo Nacional de Estupefacientes ha incumplido sus propias normas como lo es la resolución 0001 del 11 de febrero de 1994 enfrente a la cual se ha desconocido, la obligación de reconocimiento de las áreas de los cultivos ilícitos en coordinación con el INDERENA, ICA y Ministerio de Salud. no se ha realizado la aspersión aérea controlada como método de erradicación experimental y sujeto a monitoreo y evaluación permanente, no ha constituido un equipo científico asesor y coordinador de las misiones de fumigación, ni la coordinación con las autoridades administrativas de la respectiva jurisdicción.

– El Consejo Nacional de Estupefacientes no ha consultado las entidades ni Corporaciones Públicas regionales, ni a la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Norte y el Oriente de la Amazonía, de reciente creación con jurisdicción en el Departamento del Guaviare.

2. INFORME DEL SEÑOR MINISTRO DE JUSTICIA Y DEL DERECHO COMO PRESIDENTE DEL CONSEJO NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES

El señor Ministro de Justicia y del Derecho, en su calidad de Presidente del Consejo Nacional de Estupefacientes, en atención a la solicitud hecha por la Magistrada Ponente en auto del 20 de febrero de 1995, presentó informe sobre el cumplimiento que el citado Consejo viene dándole a las normas que rigen los asuntos de su competencia, en síntesis, así:

–De conformidad con el artículo 32 de la ley 30 de 1986, se considera delito al cultivar plantas con el propósito de extraer sustancias que produzcan dependencia.

–De conformidad con el artículo 91, literal g) de la misma ley 30 de 1986, es función del Consejo Nacional de Estupefacientes la de "Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país".

– La ejecución de las anteriores decisiones corresponde a la Dirección de Policía Antinarcóticos de la Policía Nacional, tal como lo dispone el artículo 2 del decreto reglamentario 423 de 1987, adoptado como legislación permanente por el artículo 1 del decreto 2253 de octubre 3 de 1991.

–En ejercicio de las anteriores competencias, desde comienzos de 1992 el Consejo Nacional de Estupefacientes autorizó la erradicación de cultivos ilícitos de amapola y el 22 de diciembre de 1993 resolvió extender su autorización a otros cultivos ilícitos y precisar las autorizaciones dadas a la División Antinarcóticos de la Policía Nacional para la destrucción y erradicación de cultivos ilícitos en el país a través de medios idóneos prescritos para el efecto, decisión contenida en la resolución 0001 del 11 de febrero de 1994, la cual fue expedida previa obtención de los conceptos favorables del Ministerio de Salud y del INDERENA, según consta en comunicaciones del 8 y del 11 de octubre de 1993.

Con base en lo anterior se ha llevado a cabo la estrategia de erradicación de cultivos ilícitos por medios de aspersiones con el agente glifosato.

–Posteriormente se promulgó la ley 99 de 1993 y en su título VII se estableció un nuevo sistema de "Licencias Ambientales" para actividades que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente y consagró un régimen de transición en su artículo 117, según el cual, los permisos y licencias concedidas continuarán vigentes por el tiempo de su expedición y las actuaciones administrativas iniciadas continuarán en trámite ante las autoridades que asuman competencia en el estado en que se encuentren.

Dicha norma fue reglamentada por el decreto 1753 del 3 de agosto de 1994, cuyo artículo 38 dispuso que:

> "Los proyectos, obras o actividades que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del decreto obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambiental que se requerían podrán continuar, pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles, mediante providencia motivada, la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.
>
> "Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición del decreto iniciaron todos los trámites tendientes a obtener los permisos, licencias, concesiones y autorizaciones de carácter ambiental exigidos por las leyes en ese momento vigentes, continuarán con su trámite de acuerdo con las mismas y en caso de obtenerlos podrán adelantar el proyecto, obra o actividad, pero la autoridad ambiental podrá exigirles mediante providencia motivada la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.
>
> "Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la ley 99 de 1993 iniciaron actividades,no requerirán licencia ambiental. Tampoco requerirán licencia ambiental aquellos proyectos de competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales que iniciaron actividades antes de la expedición del presente decreto. Lo anterior, no obsta para que dichos proyectos, obras o actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental".

– De acuerdo con las normas transcritas concluye que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad a cuya realización, por ser anterior a la entrada en vigencia de la ley 99 de 1993 y del decreto 1793 de 1994, le es aplicable el régimen de transición consagrado en el trascrito artículo 38 de dicho decreto. Lo dicho supone que la erradicación de cultivos podría continuar toda vez que contaba con las autorizaciones previas exigidas por la legislación vigente en el momento en que se adoptó la decisión por parte del Consejo Nacional de Estupefacientes.

La anterior conclusión coincide con lo dicho por la señora Ministra del Medio Ambiente en oficio del 20 de diciembre de 1994, en el cual expresó:

> "...revisada la documentación remitida por el Consejo Nacional de Estupefacientes sobre el glifosato, se encuentra que el Consejo en cumplimiento de lo dispuesto por el literal g) del artículo 91 de la ley 30 de 1986, solicitó y obtuvo del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables del Ambiente –INDERENA– y del Ministerio de Salud los respectivos conceptos favorables para erradicar los cultivos ilícitos mediante el uso de herbicidas.
>
> "'Es necesario advertir que el concepto emitido por el INDERENA conserva su validez jurídica toda vez que era la entidad competente en materia ambiental antes de la entrada en vigor de la ley 99 de 1993 y dió aplicación a la normatividad vigente

en ese momento. Debe agregarse que la fumigación obedece a una política de control de orden público, por lo tanto no tiene solución de continuidad, motivo por el cual la situación de las fumigaciones cabe perfectamente dentro del régimen de transición'".

– Se refiere luego a la posición de la Procuraduría General de la Nación que invoca al accionante y transcribe una parte de la comunicación dirigida por el señor delegado para Asuntos Ambientales a la Dirección del diario El Espectador, con fecha 15 de marzo, el cual dice textualmente:

"Finalmente, quiero manifestarles que la posición de esta Procuraduría Delegada, en materia de cultivos ilícitos es clara: Todos los cultivos ilícitos, como los de amapola, coca y marihuana deben destruirse (sic) como lo ordena la ley (artículo 91 de la ley 30 de 1986/Estatuto de Estupefacientes), por los cual ésta delegada no cuestiona, actualmente, la desición del Consejo Nacional de Estupefacientes de proseguir con las fumigaciones, por el contrario, las respalda plenamente".

– Según la Dirección Nacional de Estupefacientes a partir de 1988 se han realizado los siguientes estudios ambientales y sanitarios sobre la erradicación de cultivos ilícitos:

"SOBRE LOS ESTUDIOS AMBIENTALES

"En relación con los estudios sanitarios y ambientales, la Dirección Nacional de Estuperfacientes ha informado que ha partir del año de 1988 se han llevado a cabo los que se relacionan a continuación, sobre erradicación de cultivos ilícitos:

"A. 'Declaración de efecto ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos en zonas de jurisdicción de corinto (Cauca)', Fase I: diagnóstico general de las zonas y agenda de tratamientos de emergencia, de septiembre de 1988, que se adelantó con la interventoría del INDERENA. Este estudio, a partir de un área piloto con cultivos de marihuana, estableció unos procedimientos técnicos para su erradicación.

"B. 'Declaración de efecto ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos en zonas de Corinto (Cauca)', Fase II: Declaración de efecto ambiental, informe técnico de abril de 1989, realizada por ECOFOREST LTDA. Èste documento contiene una evaluación matricial 'ad-hoc' de tipo socioambiental con cuantificación y calificación de los impactos derivados de los cultivos ilícitos y de su erradicación. ceso para destruir estas plantaciones sin causar deterioro ecológico. Estas evbaluaciones se adelantaron con la interventoría del INDERENA.

"C. 'Información sobre glifosato: Uso y toxicología' boletín No. 1 de febrero de 1992, emanado del Ministerio de Salud. Se establece en este documento la viabilidad epidemiológica, sanitaria y ambiental de la aplicación del glifosato, bajo control técnico-científico.

"D. 'Propuesta técnico y económica de Auditoría Ambiental para la erradicación de cultivos ilícitos', de marzo de 1992. Se define en este estudio la metodología

y proceso técnico que garantiza el control ambiental a las operaciones de erradicación por aspersión aérea y la correcta aplicación del modelo ambiental.

"E. 'Análisis del glifosato, su impacto ambiental en el medio ambiente y uso en el tratamiento de cultivos ilícitos en Colombia', llevado a cabo en septiembre de 1992, por la International Union for the Conservation of Natura (IUCN). El estudio supervisa y califica las operaciones de erradicación por aspersión aérea con glifosato, considerando '... procedentes, viables y técnicas las actividades de erradicación...', además de indicar la necesidad de cuantificar el impacto causado por la tala y quema indiscriminada de los bosques tropicales por parte de quienes propician y adelantan tales cautivos.

"F. 'Informe correspondiente a las pruebas sistemáticas para la erradicación del cultivo ilícito de coca en las regiones biogeográficas de la Amazonia y Orinoquía Colombiana', presentado por la Auditoría Ambiental el 27 de septiembre de 1994, este estudio desarrolla una metodología científica para establecer la dosis adecuada de glifosato, que hoy se utiliza en la aspersión aérea de la hoja de coca, y determina las consideraciones ambientales que deberán ser tenidas en cuenta para su aplicación.

"G. 'Procedimientos técnicos ambientales para la arredicación de cultivos ilícitos de coca en la Amazonia y Orinoquía', presentado el 22 de noviembre de 1994, por la Auditoría Ambiental. mediante el cual se establecen los parámetros técnico-ambientales que se aplican al momento de la aspersión aérea con glifosato para la erradicación de la hoja de coca e incluye el modelo ambiental requerido".

– Además de los estudios ambientales mencionados, el Consejo Nacional de Estupefacientes al ordenar la erradicación de cultivos ilícitos, determinó la contratación de una Auditoría Ambiental con el fin de verificar el cumplimiento de las normas ambientales y garantizar la debida protección de la biodiversidad durante el desarrollo de las actividades de erradicación, para lo cual dicha auditoría realiza las siguientes labores:

"a. Seguimiento estricto de las operaciones de erradicación, tomando en consideración los criterios técnicos y operacionales, así como las limitaciones de su aplicación.

"b. Participación científica en las actividades de planificación, especialmente de sobrevuelos de reconocimiento, cuantificación de áreas sembradas de cultivos ilícitos, determinación de los principales ecosistemas afectados por la siembra de los mismos, utilización de la dosis (sic) adecuada de glifosato, verificación de equipos, rendimientos, técnicas de aplicación, etc.

"c. Determinación cualitativa y cuantitativa de eventuales efectos ambientales ocasionados por la fumigación aérea de cultivos ilíctos. Igualmente, suministro de información permanente a la Dirección Nacional de Estupefacientes acerca de la magnitud de la desforestación causada en diferentes zonas de siembra de cultivos

ilícitos, para que por intermedio de dicha entidad se informe a las instituciones tienen a su cargo el manejo de estos recusos estratégicos de la Nación".

Dicha auditoría ha permitido efectuar un adecuado seguimiento a las actividades de erradicación, para que el Estado pueda asegurar que no hay contradicción entre el uso legítimo del poder de policía que en ellas se emplea y el deber de protección del medio ambiente.

– El control de los cultivos ilícitos también responde a la necesidad de proteger los recursos naturales, en orden a garantizar el derecho sde todas las personas a gozar de un ambiente sano, cumpliendo así con el deber del Estado de proteger la integridad y diversidad del ambiente, de conformidad con el artículo 79 de la Constitución Nacional y asimismo prevenir y conmutar los factores de deterioro ambiental, uno de los cuales es precisamente el originado en la desforestación proveniente de cultivos ilegales.

Es la misma Constitución la que establece el deber del Estado de realizar tareas de prevención y control de los factores que pueden conducir al deterioro del medio ambiente.

– El derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado e sun derecho convencional fundamental, pues su violación atenta contra la perpetuación de la especie humana y contra el derecho más fundamental del hombre: La vida.

– Estadísticamente se ha comprobado que por cada hectárea de amapola se destruye en promedio 2.5 hectáreas de bosque, en coca la relación es de 1 a 4 y en marihuana de 1 a 2.5. La proyección de dichos datos permite afirmar que en el bosque húmedo andino se han destruido entre 40.000 y 50.000 hectáreas para cultivos de amapola, 150.000 hectáreas para cultivos de coca, principalmente eb las regiones de la Amazonía y la Orinoquía y 15.000 hectáreas en la Sierra Nevada de Santa Marta y la Serranía de Perijá para el cultivo de marihuana. Y la recuperación de tales reservas naturales podría tomar entre 80 y 150 años, sin la intervención del hombre.

– Concluye afirmando que el Consejo Nacional de Estupefacientes ha dado cumplimiento a las normas legales vigentes al ejercer las competencias que le asigna la ley 30 de 1986.

LA PROVIDENCIA RECURRIDA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la providencia recurrida, proferida el 18 de mayo de 1995, decidió abstenerse de librar mandamiento de ejecución contra el Consejo Nacional de Estupefacientes, Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho.

Para llegar a dicha desición, el a quo afirma que la acción de cumplimiento está consagrada en el artículo 87 de la Constitución Nacional, norma que hasta ahora sólo ha sido reglamentada en los artículos 77 y siguientes de la ley 99 de 1993, para **el efectivo cumplimiento de las leyes o actos que tengan relación directa con la protección o**

defensa del medio ambiente, cumplimiento que podrá ser demandado por cualquier persona natural o jurídica a través del procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil.

Con fundamento en dicha remisión, el Tribunal procedió a analizar las condiciones, que de conformidad con los artículos 488 y siguientes del Código de Procedimiento Civil permiten el ejercicio de la acción ejecutiva.

Ellas son:

– debe tratarse de obligaciones expresas claras y exigibles.

– provenientes del deudor o de su causante.

– que constituyan plena prueba en su contra.

Se refirió luego a los títulos ejecutivos como instrumentos o medios en los que se materializa esa obligación expresa clara y exigible, transcribe algunos apartes doctrinianos sobre diferentes aspectos de los títulos ejecutivos, tales como su clasificación y la definición de documento, para concluir que, la enumeración que da el ordenamiento procesal civil no es taxativa y concluyó que la acción de cumplimiento en materia ambiental presupone un título ejecutivo "...pero debe tenerse en cuenta que la naturaleza suigeneris de la acción analizada no permite la aplicación estricta del tratamiento que el ordenamiento procesal civil le dá a sus juicios ejecutivos..."

Se remitió luego a los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente en relación con la acción de cumplimiento, para afirmar que la ley 99 de 1993 constituye el título ejecutivo que permite ejercer la acción sin que pueda decirse que por ser abstracta y general, no se pueda, a partir de su incumplimiento, por la autoridad obligada a acatarla, ejercer la acción de cumplimiento, pues es el mismo legislador quién al reglamentar la norma constitucional en materia ambiental, no exige título distinto, por lo que no puede el juzgador desacatar el tenor literal de la norma.

Afirmó que no implica lo anterior que el "título ley" se excluya de cumplir con los requisitos mínimos del título es decir, contener una obligación expresa, clara y exigible, que provenga del deudor toda vez que es el Estado, quién se impone a sí mismo la obligación que deberá cumplir la autoridad estatal, constituyendo así plena prueba en su contra y sin que pueda desconocerse su carácter de auténtico. Transcribió sobre la autenticidad, apartes del libro del Doctor Jairo Parra Quijano sobre los documentos públicos y concluyó que, tanto la ley como, el acto administrativo están contenidos en documentos públicos, toda vez que son expedidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones y como tales gozan de la presunción de legalidad y las autoridades que tengan el deber de hacerlos cumplir no pueden abstraerse de sus obligaciones.

Siendo la ley título ejecutivo, le permite al particular exigir cumplimiento por el trámite de ejecución singular, aunque como fuente directa y título de la obligación no

resulta asimilable al título que contiene la obligación civil ordinaria que debe ser aportado como prueba junto con la demanda de ejecución ordinaria.

Por el contrario, la ley según lo dispone el artículo 188 del Código de Procedimiento Civil no necesita prueba, mientras que el acto administrativo sí, según lo dispone el artículo 251 ibídem. Pero como negación indefinida que es la que afirma el incumplimiento del deber de hacer o no hacer por parte de la autoridad, no requiere prueba como lo ordena el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

En relación con el tema, el a quo concluyó que, no podría ser de otra manera, dado que la intención del legislador según los antecedentes de la ley 99 de 1993 fue la de facilitar la participación ciudadana en el control y vigilancia efectiva de la gestión pública en materia ambiental, objetivo que se vería truncado si se hiciera jurisdiccionalmente la exigencia de aportar la prueba del incumplimiento.

En cuanto a la acción propuesta, consideró el Tribunal de instancia que no todos los mandatos de la ley 99 de 1993 alcanzan el mismo grado de exigibilidad inmediata y concreta, tal como sucede con los artículos 1, numerales 6 a 11 de los cuales se predica su incumplimiento. Luego de transcribirlos concluyó que "... de tales principios no es deducible con claridad y especificidad su incumplimiento, dado su carácter relativo que impide objetivar su eficacia, pues determinar cuanto se tuvo en cuenta el proceso de investigación científica en la formulación de políticas ambientales o hasta donde sirvieron de instrumentos para la toma de desiciones los estudios de impacto ambiental, no son casos fácilmente mensurables".

Repite que por ser una negación indefinida de no darse cumplimiento, no requiere prueba y es en la autoridad obligada a la ejecución de la ley, en quién recae la obligación de contestar el requerimiento y refutar el dicho del demandante.

Luego de transcribir los artículos invocados por los accionantes se refiere a la respuesta dada por el señor Ministro de Justicia de la cual concluye que la actividad de erradicación de cultivos ilícitos, realizada por el Consejo Nacional de Estupefacientes, ha estado enmarcada en el ordenamiento legal que lo rige, tal como lo comprueban los documentos públicos allegados, en los cuales constan las autorizaciones dadas por los funcionarios competentes.

En relación con la aplicación del artúculo 117 de la ley 99 de 1993 y del artículo 38 del decreto reglamentario 1753 de 1994 en los cuales se establece un régimen de transición, precisó que los proyectos de erradicación de cultivos ilícitos en el Departamento del Guaviare se iniciaron desde las fechas a que se refieren los conceptos allegados por el señor Ministro de Justicia, se excluye el requisito de obtención previa de licencia ambiental, previsto en el artículo 49 de la ley 99 de 1993, y en consecuencia es admisible la excepción formulada en cuanto la propia ley estableció "la inaplicación de la exigencia de licencia ambiental".

También señaló el Tribunal, la importancia de la recuperación por todos los medios de las áreas de cultivo ilícito que causan mayor daño al ambiente y la dificultad de su recuperación.

Concluyó que en relación con las normas legales citadas por los ejecutantes, no encuentra mérito el Tribunal para dictar mandamiento de ejecución, toda vez que las explicaciones formuladas encuentran aceptación; y en relación con el cumplimiento del acuerdo suscrito con los campesinos y "accionistas", además de no haberse aportado en legal forma, estimó el a quo que por no tratarse de una expresión de voluntad administrativa unilateral, sino de una manifestación mixta de no compromisos que no encajan en la definición de acto administrativo, no es procedente exigir su cumplimiento a través de la presente acción y "por ende no habría lugar a admitir como título que exprese la obligación vinculante esa clase de documento".

Se refirió luego el Tribunal, al alegado incumplimiento de algunos artículos del decreto reglamentario 1843 de 1991, en relación con el permiso de operación que deben tener quienes apliquen plaguicidas, para "cada una de sus pistas", con la previa licencia sanitaria que otorga la Dirección Seccional de Salud y afirmó que prima la función de la "policía antinarcóticos" y la aplicación de las normas que regulan las actividades de erradicación de cultivos ilícitos.

Finalmente en cuanto al tema de la publicidad sobre plaguicidas y las actuaciones del señor Ministro de Defensa Nacional aclaró que:

> "1. La calificación de una conducta personal, aunque oficial, de un funcionario público, no es competencia de este Tribunal, en sede de la jurisdicción especial de cumplimiento ambiental.
>
> "2. Aún en el evento de estar previamente calificada como contrario al ordenamiento legal sobre la materia, por la autoridad competente, ese comportamiento es apenas episódico, aislado y no generalizado; además no podría imputarse de manera global a todo el estamento, no obstante el grado de compromiso contra la imagen institucional que pudiera significar.
>
> "3. La regulación a que se refieren los artículos 186 y 187 del decreto 1843 de 1991, está dirigida a controlar el uso de la publicidad sobre plaguicidas, aspecto que es distinto conceptualmente al de propaganda, que es los que comunmente (sic) se predica de una actividad dirigida a exaltar un programa gubernamental. Por lo tanto, en estricto sentido la normatividad bajo cita no sería aplicable al caso traído a colación por los demandantes".

De conformidad con lo anterior el Tribunal concluyó que no se habían incumplido las normas invocadas por los accionantes y se abstuvo de librar el mandamiento de ejecución pedido.

EL RECURSO INTERPUESTO

Los accionantes apelaron la anterior decisión y precisaron las razones de su inconformidad en lo siguiente:

Como líderes comunales que solo buscan contribuir a la protección y defensa del medio ambiente y la acción interpuesta no tuvo como motivación "...defender el narcotráfico y la deforestación..."

No puede confundirse la lucha contra el narcotráfico con la violación de los derechos humanos, de la Constitución y la ley y en la Procuraduría, en la Defensoría del Pueblo y en el Ministerio del Medio Ambiente existen testimonios de personas que han sido atropelladas en su dignidad y derechos por cuenta de una fumigación indiscriminada y existen pruebas de los daños causados a cultivos lícitos de pancoger, con lo cual se somete al hambre y a la desocupación a familias colombianas.

Cuestionan lo afirmado por el señor Ministro de Justicia sobre los estudios ambientales, porque pretende que se apliquen en el Guaviare, estudios efectuados en el municipio de Corinto (Cauca), cuando las condiciones topográficas y ambientales son diferentes.

Anotan que el Tribunal de instancia no consideró lo afirmado en la demanda, en relación con las reservas de tipo técnico que existen frente al glifosato, en razón de la carencia de equipos de análisis técnicos y seguimiento respecto a las dosis apropiadas, ya que esto se maneja en el secreto militar y no se ha considerado el carácter corrosivo y/o irritante frente a los ojos y mucosas nasales de las personas expuestas a nivel ocupacional o ambiental, su carácter de tóxico en Estados Unidos, la falta de conocimiento sobre su impacto en la salud y su calificación como cancerígeno y abortante.

Todo lo anterior, además de que se han fumigado cultivos inferiores a tres hectáreas cuya erradicación debía hacerse de manera manual.

Insisten en que el Consejo Nacional de Estupefacientes no tiene las licencias ambiental y sanitaria para realizar las actividades de aspersión aérea de glifosato en el Departamento del Guaviare y esa sola circunstancia obliga a las autoridades a tomar todas las medidas que conduzcan a la compensación, corrección y mitigación de los efectos ambientales las cuales no se han tomado.

En el Departamento del Guaviare jamás se ha hecho un estudio previo del impacto ambiental y socio-económico que podían tener las actividades de fumigación y si bien es cierto que se comparte la decisión de erradicar los cultivos ilícitos, no es posible aceptar que por presiones internacionales se violen la Constitución y las leyes y se atente gravemente contra el ecosistema amazónico.

Afirman que el juez de este proceso, no puede olvidar que el problema planteado no se puede abordar únicamente con el examen exegético de los incisos, parágrafos y

artículos de las normas, sino con la trascendencia que tiene su incumplimiento en materia ambiental y social, ya que hay miles de familias que derivan su sustento en la siembra de cultivos ilícitos, por la desesperación y el afán de sobrevivir frente a una política de descriminación y marginamiento social a que han sido sometidas vastas zonas del país. No son narcotraficantes.

Llaman la atención del juez de segunda instancia sobre el hecho de que ellos aportaron los documentos que tuvieron a su alcance para probar los hechos de la demanda, pero que como dichas pruebas eran insuficientes solicitaron la práctica de otras pruebas, que conducirían a su juicio, a demostrar que las autoridades demandadas estaban violando las normas invocadas, las cuales no fueron practicadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Finalmente afirman que en la desición apelada se desconoció el artículo 80 de la ley 99 de 1993, según el cual si el juez no ha obtenido respuesta del funcionario requerido debe proceder a decretar la ejecución, lo que no se hizo, a pesar de que el término ya se había vencido, cuando el Tribunal ya se pronunció, afirmando en parte motiva que el escrito del señor Ministro de Justicia y del Derecho se presentó dentro del término señalado en la respectiva providencia.

Solicitan que se acceda a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Corporación tiene establecido que el conocimiento de las acciones de cumplimiento, como la que ahora se resuelve, corresponde a su Sala Plena Contencioso Administrativa.

Es claro que se trata del ejercicio de la acción de cumplimiento de la ley o de actos administrativos, en materias ambientales regulada por los artículos 77 y siguientes de la ley 99 de 1993, a la cual se le aplica el procedimiento de ejecución singular regulado en el Código de Procedimiento Civil y lo primero que debe resaltar la Sala, es la inconveniencia y la dificultad de aplicar las normas que rigen el proceso ejecutivo tendiente a hacer efectivas las obligaciones entre particulares, a aquel mediante el cual se pretende el cumplimiento de una ley o de una acto administrativo.

En efecto, las autoridades públicas que actúan dentro de un Estado de Derecho están sometidas al principio de legalidad, el cual implica que solo pueden realizar aquellas actividades que les han sido atribuidas como competencias propias de su cargo y respecto de las cuales tienen la obligación de ejercerlas y cumplirlas. Así las cosas, más que un título ejecutivo en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, la ley es para las autoridades que ejercen funciones públicas, la fuente de la cual deriva su potestad de ejercicio y a la vez su obligación de ejercer o realizar una actividad, que constituye laa concreción de una función estatal.

En relación con las acciones de cumplimiento en materia ambiental, reguladas por la ley 99 de 1993, ha dicho la Sala que se requiere que exista una obligación determinada y que ofrezca certeza acerca del derecho que se pretende reclamar y en el cado de autos se trata, según los términos del memorial presentado por los accionantes, de que el Consejo Nacional de Estupefacientes cumpla con lo dispuesto en diferentes normas sobre obtención de licencia sanitaria, de licencia ambiental y el cumplimiento de los demás requisitos exigidos para realizar actividades que afectan el medio ambiente.

En relación con este aspecto, se observa que el Consejo Nacional de Estupefacientes debe cumplir las normas legales aplicables a la actividad que le ha sido atribuida, como competencia propia, de erradicar los cultivos ilícitos, es decir, que existe una obligación determinada, de manera expresa por el ordenamiento jurídico la cual es la que los accionantes pretenden que se cumpla.

Y en relación con el derecho correlativo que los accionantes reclaman se trata del hoy consagrado en la Constitución Nacional, artículos 79 y 80, el derecho a un ambiente sano.

Así planteados los términos de la acción ejercida, debe la Sala, establecer si realmente ha existido el incumplimiento alegado por los interesados y si así lo fuerte, si es precedente el mandamiento de ejecución solicitado.

De conformidad con lo dispuesto por el literal g) del artículo 91 de la ley 30 de 1986 es función del Consejo Nacional dec Estupefacientes la de**"Disponer la destrucción de cultivos de marihuana, coca y demás plantaciones de las cuales se puedan extraer sustancias que produzcan dependencia, utilizando los medios más adecuados, previo concepto favorable de los organismos encargados de velar por la salud de la población y por la preservación y equilibrio del ecosistema del país".**

Dichas desiciones son ejecutadas por la Dirección de Policía Antinarcóticos de la Policía Nacional, de conformidad con lo dispuesto por el decreto 423 de 1987, el cual fue adoptado como legislación permanente por el artículo 1 del decreto 2253 de 1991.

El Consejo Nacional de Estupefacientes, en ejercicio de la competencia citada, en el año de 1992, autorizó la erradicación de cultivos de amapola y posteriormente amplió dicha autorización a otros cultivos ilícitos y precisó las facultades de la División Antinarcóticos de la Policía Nacional, en esta materia, mediante la resolución No. 001 del 11 de febrero de 1994. (Folios 104 y siguientes del expediente).Con anterioridad, el 11 de octubre de 1993, en comunicación #001998, dirigida al señor Director General del Fondo de Estupefacientes, el señor Ministro de Salud conceptuó:

> "En relación al concepto solicitado por esa Dirección respecto a la fumigación con herbicidas de los cultivos ilícitos de coca y marihuana solicitado en su oficio de septiembre pasado, me permito recordar a esa entidad que en enero de 1991 el Consejo Nacional de Estupefacientes fijó una estrategia de acción basada en

principios universales sobre el reconocimiento previo de las áreas de cultivo, la selección de los métodos de aplicación y el planteamiento de los operativos.

"Adicionalmente, el Ministro de Salud presentó al Consejo Nacional de Estupefacientes un Plan de Salud basado en los principios de la vigilancia epidemiológica, el cual se constituye, en asocio con la auditoría ambiental, en garante de la protección de la salud de las personas y del ambiente.

"Por las consideraciones anteriores, este Despacho considera apropiado el ratificar la validez y conveniencia de la estrategia de acción fijada en el comunicado emitido por el Consejo Nacional de Estupefacientes el 31 de enero de 1992 respecto a las normas que guían el proceso de erradicación de la amapola, las cuales deben ser mantenidas en el nuevo uso que se propone".

Y por su parte, el Gerente Ganeral del INDERENA, en comunicación dirigida al mismo Director General del Fondo de Estupefacientes, con fecha 8 de octubre de 1993, precisó:

"Hago referencia a su comunicación No. 11709 del 3 de septiembre del presente año en relación con el documento erradicación de cultivos de marihuana, para sustentar la autorización de fumigar con herbicidas los cultivos ilícitos de coca y marihuana en todo el país.

"Cabe recordar el 'comunicado del Consejo Nacional de Estupefacientes a la Opinión Pública Nacional sobre la erradicación de cultivo de amapola (Santa Fé de Bogotá, enero 31 de 1992)'; en él se fija una estrategia de acción basada en: Reconocimiento previo de las áreas de cultivo, la selección de métodos y áreas de erradicación y el planeamiento operacional. En relación con éste último aspecto el comunicado establece que se debe realizar una fijación de normas específicas y técnicas prioritarias a observar en el procedimiento policial.

"Al iniciarse el proceso de fumigación en el Departamento del Huila, la Policía Antinarcóticos estableció diez (10) normas entre las que cabe destacar en el aspecto ambiental: No se aplicará el herbicida sobre zonas pobladas, criaderos de peces, abejas, aves u otros animales y en Áreas de Manejo Especial; no se fumigará en sitios cercanos a cursos o fuentes de agùa; no sobrevolar acueductos, escuelas y demás lugares que representan riesgos para la salud humana y sanidad ambiental.

"En estas condiciones el INDERENA ratifica la aceptación de la estrategia de acción fijada en el comunicado del Consejo Nacional de Estupefacientes en su comunicado del 31 de enero de 1992, destacando la importancia que debe tener el cumplimiento de las normas específicas y técnicas que se establecieron para el proceso de erradicación del cultivo de amapola y que se deben mantener para la erradicación de cultivos de coca y marihuana.

> "Igualmente, siguen siendo válidas las observaciones formuladas por el INDERENA en comunicación dirigida a los Ministros de Defensa y Justicia (Febrero 5 de 1992) en relación con la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales en su jurisdicción y del INDERENA en todos los Parques Naturales Nacionales y la necesidad de contar con la Auditoría Ambiental para supervisión y control ambiental del proceso de erradicación de cultivos ilícitos".

Para esta época, la norma aplicable era el artículo 91, literal g) de la ley 30 de 1986, a la cual le dió cumplimiento en los términos precisados al Consejo Nacional de Estupefacientes.

Posteriormente fue expedida la ley 99 de 1993, la cual fua publicada en el Diario Oficial #41146 del 22 de diciembre de 1993 y estableció las licencias ambientales para la realización de actividades y ejecución de obras que puedan producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente.

Aunque dicha ley, en su artículo 118 dispuso que regiría a partir de la fecha de su promulgación, en el artículo 117, inmediatamente anterior previó un régimen de transición al disponer que "los permisos y licencias concedidos continuarán vigentes por el tiempo de su expedición. Las actuaciones administrativas iniciadas continuarán su trámite ante las autoridades que asuman su competencia en el estado en que se encuentren. Las normas y competencias establecidas en la presente ley son de vigencia inmediata y se aplicarán una vez se expidan los correpondientes reglamentos, cuando sean necesarios".

El sistema de licencias ambientales fue reglamentado por el decreto 1753 de 1994, el cual en su artículo 38 dispuso:

> "Régimen de Transición. Los proyectos, obras o actividades, que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del presente decreto obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambiental que se requerían, podrán continuar, pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles, mediante providencia motivada, la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental.
>
> "...
>
> "Los proyectos, obras o actividades que con anterioridad a la expedición de la ley 99 de 1993 iniciaron actividades, no requerirán Licencia Ambiental ...
>
> "Lo anterior no obsta para que dichos proyectos, obraso actividades cumplan con la normatividad ambiental vigente, excluido el requisito de obtener Licencia Ambiental" (Se resalta).

Estando debidamente establecido que la erradicación de cultivos ilícitos es una actividad asignada al Consejo Nacional de Estupefacientes desde el año de 1986, que la ejecuta a través de la Dirección de Antinarcóticos de la Policía Nacional y que la inició

con anterioridad a la expedición de la ley 99 de 1993 y de su decreto reglamentario, tal como lo demuestran los conceptos de las autoridades de salud y del medio ambiente a que se ha hecho referencia, se llega a la conclusión de que a dicha actividad se le aplica el régimen de transición que fue consagrado en la misma ley y desarrollado en su decreto reglamentario, según el cual no se requiere la licencia ambiental y puede seguirse desarrollando, sin perjuicio de que las autoridades ambientales que lo consideren necesario puedan intervenir, para que se cumplan las normas que regulan el medio ambiente con el fin de conservarlo sano, de recuperarlo o de restaurarlo según el caso.

Así lo consideró la misma Ministra del Medio Ambiente, en comunicación del 20 de diciembre de 1994, dirigida al señor Ministro de Justicia y del Derecho, que obra a folio 119 del expediente, en la cual se manifiesta que: "...Es necesario advertir que el concepto emitido por el Inderena conserva su validez jurídica, toda vez que era la entidad competente en materia ambiental antes de la entrada en vigor de la ley 99 de 1993 y dió aplicación a la normatividad vigente en ese momento. Debe agregarse que la fumigación obedece a una política de control de orden público, por lo tanto nom tiene solución de continuidad, motivo por el cual la situación de las fumigaciones cabe perfectamente dentro del régimen de transición."

Si la actividad de erradicación de cultivos ilícitos se rige por el citado régimen de transición y para realizarla el Consejo Nacional de Estupefacientes cumplió con las normas vigentes en su oportunidad, no se da a juicio de la Sala el incumplimiento de la ley 99 de 1993 y de las normas constitucionales invocadas por los accionantes y por lo tanto no resulta procedente el mandamiento de ejecución solicitado.

Por lo demás, consta en el expediente que el Consejo Nacional de Estupefacientes para realizar las actividades ahora cuestionadas precisó una serie de parámetros, como son los enunciados en la resolución 001 del 11 de febrero de 1994, según los cuales en primer término debe hacerse un reconocimiento preciso de la ubicación de los cultivos ilícitos, su extensión, el medio circundante, sus características, los riesgos potenciales, la existencia y aprovechamiento de cultivos tradicionales y su localización, todo lo cual se precisará conjuntamente con el ICA, con el INDERENA y con el MINISTERIO DE SALUD.

Igualmente, el método de aspersión aérea controlada está sujeto a monitoreo y evaluación permanente y a un plan específico en el cual deben precisarse los lugares de aplicación, la determinación de los recursos humanos a emplear, los equipos q a utilizar, la composición del equipo específico asesor y coordinador de la misión y la fijación de normas específicas y técnicas prioritarias a observar en el procedimiento.

También deben coordinarse dichas acciones con las autoridades locales y contarán con la presencia permanente de un delegado del Ministerio Público, Procuraduría Provincial y de la Fiscalía General de la Nación y deberán hacerse evaluaciones periódicas de los resultados obtenidos, además de que contarán con una auditoría ambiental encargada de controlar y supervisar la adecuada, técnica y correcta ejecución de la erradicación autorizada.

Finalmente se prevé la existencia de áreas de manejo especial y reservas naturales y la programación de proyectos de rahabilitación social, económica y ecológica.

Los recurrentes afirman que quieren contribuir a la conservación, protección y defensa del medio ambiente enfrente a la fumigación con glifosato en el Departamento del Guaviare y afirman que el a quo no tuvo en cuenta la petición de pruebas que se hizo en la demanda, ni los cuestionamientos que se hacen el glifosato y a sus efectos en los cultivos lícitos y en los habitantes de las zonas afectadas.

Al respecto debe precisarse que la acción de cumplimiento no permite un debate probatorio como el que mencionan los accionantes y recurrentes, toda vez que se trata simplemente de un mecanismo para hacer que las autoridades cumplan con las leyes que las rigen y den cumplimiento, también a los actos administrativos que les son obligatorios, sin que sea el mecanismo apropiado para establecer la legalidad o ilegalidad de sus actuaciones o para establecer cuestiones técnicas o científicas a través de pruebas judiciales. Ya precisó la Sala que para que proceda la acción de cumplimiento debe existir una obligación determinada, concreta y precisa a cargo de una autoridad pública. Por ello no es válido al argumento de que se violó el debido proceso por el Tribunal de instancia al no practicar alguna prueba solicitada en la demanda. Así como tampoco resulta válido el planteamiento que las pruebas hubieran comprobado la flagrante violación de las normas citadas en la demanda, ya que a través de la acción de cumplimiento no se juzga la legalidad o ilegalidad de las actuaciones oficiales sino que lo que se busca es el cumplimiento, como su nombre lo indica, de una ley o de un acto administrativo.

Por último, los recurrentes afirman que el Tribunal no cumplió los términos señalados en la ley, ya que el Ministro de Justicia fue renuente, al no haber respondido la solicitud de explicaciones opotunamente, en cuanto no lo hizo dentro de los ochos días hábiles a que se refiere el artículo 80 de la ley 99 de 1993.

Al respecto observa la Sala que el auto mediante el cual se le solicitó al citado Ministro, la información en relación con el cumplimiento de la ley y de los actos administrativos invocados fue notificado personalmente al señor Ministro de Justicia el día 27 de febrero y fue notificado por estado el día 7 de marzo de 1995, quedando ejecutoriado el día 10 de marzo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 331 del Código de Procedimiento Civil.

Contando los 8 días hábiles que establece la ley, el término comenzaría el 13 y vence el 23 por cuanto hubo un día festivo. Por lo tanto, como el memorial del señor Ministro fur presentado el día 23 de marzo, lo fue en tiempo.

Los recurrentes no cuestionan ningún otro aspecto de los propuestos en la sentencia apelada y no estando llamados a prosperar los cuestionamientos que se han analizado, la Sala procederá a la confirmación de la providencia recurrida.

En mérito de los expuesto, el Consejo de Estado por medio de su Sala Plena de los Contencioso,

RESUELVE:

Confírmase la providencia de 18 de mayo de 1995 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección primera, mediante la cual decidió abstenerse de librar mandamiento de ejecución contra el Consejo Nacional de Estupefacientes, Nación-Ministerio de Justicia y del Derecho.

CÓPIESE, PUBLÍQUESE, NOTIFÍQUESE, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada en la sesión de la fecha.

DIEGO YOUNES MORENO
Presidente (Ausente)

MARIO RAFAEL ALARIO MÉNDEZ

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

JOAQUÍN BARRETO RUÍZ

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS
Ausente

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO

Los Consejeros...

MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF

CLARA FORERO DE CASTRO

DELIO GÓMEZ LEYVA

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ

MERCEDES TOVAR DE HERRÁN
Secretaria

RECURSO ORDINARIO DE SÚPLICA-Improcedencia/**SENTENCIA DE SECCIÓN**

De acuerdo con lo nombrado por el artículo 183 del C.C.A., el recurso ordinario de súplica procede "... contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente", que no es el caso, pues la providencia recurrida es realmente una sentencia de la Sección Segunda mediante la cual se decidió que no prosperaba el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 29 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, desde este punto de vista el recurso interpuesto no es procedente.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA-Improcedencia/**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN/RECURSO EXTRAORDINARIO DE SÚPLICA-**Técnica/**JURISPRUDENCIA CONTRARIADA-**Inexistencia

El recurso extraordinario de súplica no procede contra sentencias que resuelvan el recurso extraordinario de revisión, además de que en el correspondiente escrito no se discute que la sentencia haya acogido doctrina contraria a la jurisprudencia de esta Sala y, por la misma razón, no se indica "... la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada", el cual constituye uno de los requisitos esenciales para la viabilidad de dicho recurso.

Consejo de Estado.- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.- Santa Fe de Bogotá D. C., veintisiete (27) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. S-484 Actores: Édgar Rodríguez Cuéllar Erazo y Edgar Narváez Mora.

Procede la Sala a resolver lo pertinente sobre el "... Recurso de súplica ordinario...", interpuesto por el apoderado de la parte actora, "... contra el auto (sic) de fecha 11 de octubre de 1994 proferido por la Sección Segunda de esa Honorable Corporación, por el cual se niega la revisión de la sentencia recurrida, para que se haga interpretación del caso en estudio por parte del Honorable Consejo de Estado sobre los alcances de la prueba recobrada".

Para dicho efecto, se considera:

1o.- Como quiera que de acuerdo con lo normado por el artículo 183 del C.C.A., el recurso ordinario de súplica procede "... contra los autos interlocutorios proferidos por el ponente", que no es el caso, pues la providencia recurrida es realmente una sentencia de la Sección Segunda mediante la cual se decidió que no prosperaba el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 29 de mayo de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, desde este punto de vista el recurso interpuesto no es procedente.

2o.- Si se interpretara el recurso interpuesto como el extraordinario de súplica consagrado en el artículo 130 del C.C.A., como parece haberlo interpretado el Consejero que seguía en turno al que dictó la providencia, al disponer por auto de 4 de abril de 1995 la remisión del expediente a la Secretaría General de esta Corporación, debido a que "... el recurrente expresamente interpone el recurso ... para ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y que la providencia recurrida fue proferida por la Sección Segunda en pleno...", este tampoco resulta procedente, por cuanto de acuerdo con jurisprudenciareiterada de la Sala, el recurso no procede contra sentencias que resuelven el recurso extraordinario de revisión, además de que en el correspondiente escrito no se discute que la sentencia haya acogido doctrina contraria a la jurisprudencia de esta Sala y, por la misma razón, no se indica "... la providencia en donde conste la jurisprudencia que se reputa contrariada", el cual constituye uno de los requisitos esenciales para la viabilidad de dicho recurso.

En consecuencia, la Sala considera que las precedentes constataciones son más que suficientes para proceder al rechazo del recurso interpuesto.

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

RESUELVE:

RECHÁZASE por improcedente el recurso de súplicainterpuesto por el apoderado de la parte actora contra lasentencia proferida por la Sección Segunda de esta Corporación el 11 de octubre de 1994.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providenciafue discutida y aprobada por la Sala Plena en su sesión de fecha veintiséis (26) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

DANIEL SUÁREZ HERNÁNDEZ
Vicepresidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MARIO ALARIO MÉNDEZ

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

JESÚS MARÍA CARRILLO BALLESTEROS

JULIO E. CORREA RESTREPO

GUILLERMO CHAHÍN LIZCANO

MIREN DE LA LOMBANA DE M.

DELIO GÓMEZ LEYVA

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

AMADO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ

LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJÍA

JUAN DE DIOS MONTES HERNÁNDEZ

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

CONSUELO SARRIA OLCOS

SECCIÓN PRIMERA

ACTO DE INSCRIPCIÓN DE EMBARGO/PROCESO ADMINISTRATIVO/ REGISTRADOR DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS-Funciones

Las acusaciones a que se contraen los cargos bajo estudio adolecen en absoluto de vocación de prosperidad, pues es incuestionable que ellas tienden exclusivamente a controvertir la legalidad del acto de inscripción del embargo que le fue comunicado a la oficina de Instrumentos Públicos de Armenia por el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, la cual no se debate en este proceso y en momento alguno tampoco las razones con base en las cuales se adoptó la decisión recurrida, sintetizadas en el acápite II de esta providencia. De otra parte, la Sala advierte que el hecho de que la demandante haya provocado un pronunciamiento de la Administración en relación con el acto de inscripción del referido embargo, de ninguna manera le permite revivir la controversia sobre su legalidad en este proceso, pues es evidente que todos los cargos formulados en la demanda guardan relación con dicho acto y no con los acusados. Sin perjuicio de lo anterior, se hace notar al apelante que la norma del acto de inscripción de dicha medida cautelar imponía al respectivo Registrador de Instrumentos Públicos proceder al estricto cumplimiento de la orden impartida, sin que le fuera posible abstenerse de ello bajo ninguna circunstancia, ya que en el evento de que del certificado sobre la situación jurídica del inmueble que remitiera al juez que decretó el embargo apareciera que el bien no pertenecía a la persona contra quien se decretó la medida, este funcionario debería solicitar su cancelación"... de oficio o a solicitud del propietario o de cualquiera de las partes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3188. Actor: Álvaro Mallarino Paz.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 22 de septiembre de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El ciudadano Álvaro Mallarino Paz, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 68 de 18 de marzo de1990 y 133 de 5 de junio del mismo año, expedidas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Circulo de Armenia (Quindío), mediante las cuales, en su orden, se denegó la solicitud elevada por el actor con el fin de que se corrigiesen los errores en que se incurrió al inscribir el oficio No. 657 de mayo 12 de 1989 del Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se comunicó una orden de embargo preventivo, y se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los citados actos, en el sentido de confirmarla. Igualmente solicitó la declaratoria de nulidad de la Resolución No. 1409 de 15 de marzo de 1990, proferida por el Superintendente de Notariado y Régistro, mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la citada Resolución No.68 de 1990, en el sentido de confirmarla.

A título de restablecimiento del derecho, el demandante solicitó "... ordenar la exclusión en el folio de Matrícula Inmobiliaria No. 280-0036150 de la inscripción correspondiente al embargo ordenado en el oficio No. 657 del 12 de mayo de 1989 del Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá" y "....declarar que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad de Armenia está obligada a hacer las inscripciones del embargo mencionado en los folios de Matrícula Inmobiliaria números: 280-0069832, 280-0069833, 280-0069834 y 280-0069835 con las correcciones necesarias". Igualmente solicitó condenar a la Nación al pago de los daños y perjuicios patrimoniales y morales que se indican en el libelo demantatorio.

b.- Los hechos de la demanda.

Los hechos que cita el actor como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida los siguientes:

1.- El 15 de mayo de 1989 la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia hizo la inscripción del embargo de una cuota parte que el señor Silvio López Ramírez poseía en un bien proindiviso ubicado en la ciudad de Armenia con dirección Calle 18 No.18-17/21 y distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No. 280-0036150, en cumplimiento de una orden de embargo proveniente del Juzgado 37 Civil

Municipal de Bogotá, proferida dentro del proceso ejecutivo seguido contra el mencionado señor, sin tener en cuenta que el 25 de abril del mismo año se había registrado la Escritura 1692 de 14 de abril de 1989 de la Notaría Tercera de Armenia, mediante la,cual se constituyó propiedad horizontal sobre el bien proindiviso, originando cuatro nuevos folios de matriculas inmobiliarias (2800069832/3/4 y 5), imposibilitándose de esa forma la inscripción ordenada.

2.- Ante la presencia de este y otros errores, se manifestó la inconformidad ante el Registrador de la Oficina de Instrumentos Públicos de Armenia, quien mediante Resolución No.68 de marzo 16 de 1990 resolvió no acceder a la petición formulada.

3.- Contra la anterior resolución se interpusieron los recursos de reposición y subsidiario de apelación, los cuales fueron resueltos, el primero de ellos, mediante la Resolución No. 133 de 5 de junio de 1990 que confirmó la providencia impugnada, y el segundo, mediante la Resolución No. 1409 de marzo 15 de 1991 del Superintendente de Notariado y Registro, que decidió en igual sentido.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

El actor, en su escrito de demanda y en el de alegato de conclusión, considera que los actos acusados contrariaron disposiciones de índole constitucional y legal por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 6 a 8 y 317 a 319 Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Violación de los artículos 2o. y 3o. de la Constitución Política, por cuanto el Estado no brindó la debida protección a los bienes del actor.

Segundo cargo.- Violación del artículo 6o. de la Constitución Política, ya que "... hubo fallas por parte de los servidores públicos de la Oficina de Registro de II.PP. de la ciudad de Armenia al no hacer la inscripción de embargo de conformidad con las leyes".

Tercer cargo.- Violación del artículo 5o. del Decreto Ley No.1250 de 1970, porque "... la matrícula inmobiliaria está definida como un folio destinado a un bien determinado y el inmueble de que trata el oficio de embargo No. 657 de mayo 12 de 1989 del Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, aunque hace parte del bien ha dejado de ser determinado".

Cuarto cargo.- Violación del artículo 31 del 1250 de 1970, pues al hacerse la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria No. 280-0036150 la Superintendencia de Notariado y Registro se equivocó, ya que por haber sido el bien objeto de propiedad horizontal, este correspondía a un folio de matricula inmobiliaria matriz, relativo a los bienes de uso común, tal y como lo reconoce la citada entidad en su memorando interno No. 36 de 18 de abril de 1990 proferido por la División Legal de Registro de II. P.P.

Quinto cargo.- Violación de los artículos 49 y 51 del Decreto-Ley 1250 de 1970, toda vez que desconoce que cada matrícula corresponde a una unidad catastral, que para el caso, en el que se constituyó propiedad horizontal, el registro catastral y el folio matricular

se mantendrán en relación con el edificio en general. Al respecto, en la publicación VIII Foro Nacional de Notariado y Registro, Cartagena, mayo de 1986, se señala que "'Cuando la inscripción de un embargo va dirigida sobre una matrícula que involucra a un bien (unidad física) distinto al indicado en el oficio correspondiente, ya sea porque previamente se englobó con otro o porque se segregó del mismo, no debe proceder el registro de tal medida cautelar toda vez que no está presente el elemento fundamental para este proceso, cual es la plena identificación y determinación del bien objeto de la medida"

Sexto cargo.- Violación del artículo 3o. de la Ley 182 de 1948, "... porqué (sic) no se tuvo en cuenta que las zonas comunes de una propiedad horizontal se reputan del dominio inalienable e indivisible de todos los propietarios del inmueble y no pueden ser objeto de medidas cautelares pues con ello se desconocerían los derechos de otros copropietarios".

Séptimo cargo.- Violación del artículo 4o. de la Ley 182 de 1948, porque al mantenerse la orden de embargo sobre un bien común se desconoce por un lado, que tal bien es inseparable del dominio, uso y goce de cada una de las unidades que conforman la propiedad horizontal, y por otro, que está prohibido el embargo sobre los bienes comunes independiente o separadamente del piso o departamento que acceden. Lo anterior lo confirma la Superintendencia de Notariado y Registro en el memorando interno No.36, antes citado.

d.- Las razones de la defensa.

En los escritos de contestación de la demanda y de alegato de conclusión, la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 274 a 278 y 313 a 315 cdno. Ppal.).

1.- La inscripción de la medida cautelar de embargo se efectuó conforme lo dispone el Decreto Ley 1250 de 1970 en sus artículos 23 a 28, sin que se presentara irregularidad alguna. Fue un error del actor lo que motivó a que en cierta forma no tuviese eficacia la medida cautelar mencionada, pues el Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia no estaba facultado para excluir o cancelar oficiosamente la inscripción del embargo, mientras no mediara una orden judicial en tal sentido. Además, "es a todas claras improcedente pretender que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, usurpando funciones que no le corresponden, interpretara y decidiera el traslado de una medida cautelar a bienes no individualizados y folios de matriculas inmobiliarias no citadas por el Juez en su oficio".

2.- Por otra parte la demanda es inconsistente pues el actor no demuestra la presencia del derecho presumiblemente lesionado, ni el fundamento jurídico de la indemnización pretendida, con la que pretende hacer efectivos los créditos a su favor de los negocios realizados por su cuenta y riesgo, toda vez que es evidente la ausencia de responsabilidad de la administración.

3.- El apoderado judicial de la demandada propone las excepciones de "caducidad de la acción" y de "ilegitimidad de la personería sustantiva por pasiva". La primera, por cuanto, a pesar de que en principio pudiera entenderse que la demanda se presentó dentro de los cuatro meses siguientes a la actuación que puso fin a la vía gubernativa, debe tenerse en cuenta que la parte actora debió subsanar las formalidades señaladas y por tanto la fecha presentación de la demanda fue el 10 de septiembre de 1991, "... dado que con la presentación de la demanda el 15 de agosto de 1991 no se interumpieron los términos de la misma, sino que estos habría de contabilizarse hasta el 10 de septiembre de 1991, fecha para la cual ya ha operado la caducidad de la acción". En cuanto a la ilegitimidad de la personeria sustantiva por pasiva, de acuerdo con el artículo 1o. del Decreto 1659 de 1978 es claro que la Superintendencia de Notariado y Registro es una persona jurídica diferente a la Nación y por tanto es improcedente su designacion como representante legal de esta última.

e.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de septiembre 27 de 1991 se admitió la demanda y se dispuso el trámite de rigor (fls. 250 y 251 cdno. Ppal.).

Mediante providencia de 6 de abril de 1992 se decretaron las pruebas solicitadas por las partes (fls. 290 a 291 ib.).

Dentro del término para alegar de conclusión hicieron uso de este derecho ambas partes y el Agente del Ministerio Público ante el tribunal *a-quo* (fls. 310 a 315 y 317 a 319 ib.)

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 323 a 350 Cdno. Ppal.):

1.- La demanda se presentó dentro del término de caducidad, porque del artículo 143 del C.C.A, se desprende "... que a pesar de que la demanda adolezca de defectos simplemente formales que deban ser subsanados, para efectos de interrumpir la caducidad de la acción, debe tenerse en cuenta la fecha de su presentación, no la de cumplimiento del auto proferido por el ponente corrigiendo los defectos señalados".

2.- Tampoco prospera la segunda de las excepciones invocadas, puesto "... que de todas maneras se notificó al representante de la Unidad Administrativa denominada Superintendencia de Notariado y Registro, asegurándose el derecho de defensa de dicha entidad".

3.- De lo dispuesto en la Ley 182 de 1948 y en el Decreto 144 de 1968, en relación con la propiedad horizontal, y en el artículo 51 del Decreto 1250 de 1970, que señala que el folio matriz, una vez constituida la propiedad horizontal, se conserva en lo relativo a los bienes de uso común, se concluye que como "... la orden del Juez se refería a un número diferente de matrícula a los ya existentes, no podía la Oficina de Registro extender el embargo afectando otros predios con matrículas inmobiliarias diferentes a la anotada en el Oficio del Despacho Judicial que a la postre ya solamente se refería al folio relativo a áreas comunes y a bienes de uso común producto de la constitución de propiedad horizontal". En ese mismo sentido se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 10 de agosto de 1990, Consejero Ponente doctor Rodríguez Rodríguez, Actor: Armando Díaz García.

4.- "... Como no se demandó el acto de registro mismo de la orden de embargo en el folio matríz, al que se refería dicha orden...", es improcedente determinar si "... procedía o no el registro del embargo en el folio que solo se refería a las áreas comunes de la propiedad horizontal, máxime cuando ante la Administración no se peticionó revocar el registro del embargo en tal manera como quedó hecho, sino que la solicitud fue hacer extensivo dicho registro a los folios de matrícula abiertos con motivo de la constitución de propiedad horizontal".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en síntesis, los siguientes (fls. 7 a 10 cdno. No. 2):

1.- El Tribunal se equivocó al desconocer que sí incurrió en error el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia, quien ha debido abstenerse de registrar el embargo, devolver el oficio al Juez de conocimiento e informarle la situación presentada, toda vez que la medida se realizó sobre bienes de uso común en una propiedad horizontal, los cuales por su naturaleza y por pertenecer a una copropiedad son inembargables. Como quiera que el Registrador no procedió de tal manera, el apoderado de la actora no tuvo conocimiento de tal hecho y por ello se vio imposibilitado de solicitar el embargo de los derechos y acciones del demandado y así evitar que se burlaran las pretensiones de la demanda.

2.- El Tribunal al traer a colación apartes de una providencia del Consejo de Estado, sólo hace alusión a la parte pertinente que afecta las pretensiones de la demanda, desechando los argumentos favorables a ésta, como la claridad del texto del artículo 4o. de la Ley 182 de 1948, párrafo segundo, sobre los derechos de cada propietario en los bienes comunes de una propiedad horizontal, o del numeral 9 de la providencia citada, relativo a la no procedencia de embargos decretados sobre imuebles integrados o segregados.

3.- Además, "es cierto que no se demandó el acto de registro mismo de la orden de embargo en el folio matriz, pero no es menos cierto que el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Armenia incurrió en error al registrar el embargo en la matrícula

matriz, cuando al haber sido segregado por apartamentos el inmueble, en la mencionada matrícula no quedaban sino las áreas comunes que como se ha repetido infinidad de veces, no son embargables".

IV.- LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO

En su alegato de conclusión la parte demandada manifiesta, en síntesis, lo siguiente (fls. 15 a17 Cdno. No. 2):

Fundamentar la apelación de la sentencia en el hecho de que el Registrador cometió un error al registrar la orden de embargo y no devolverla sin registrar, es improcedente, mas aún cuando pretende derivar responsabilidad de un acto cuya legalidad no se ha cuestionado.

Por tanto, es antijurídico que se revoque la sentencia apelada por la existencia de un error en un acto que no se demandó oportunamente, o porque el Magistrado ponente no transcribió la totalidad de la providencia soporte de la tesis sostenida en la sentencia apelada.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación se abstuvo de emitir concepto de fondo.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con los cargos primero y tercero, y como marco de referencia para su análisis, a continuación se precisan los aspectos que, en criterio de la sala, permiten visualizar en sus justas dimensiones el origen de la controversia que dio lugar al proceso.

1o.- La parte actora inició ante el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá un proceso ejecutivo contra el señor Silvio López Ramírez, en cuyo curso se decretó el embargo preventivo de la cuota de derecho que el demandado tenía sobre un inmueble situado en la Calle 18 No. 18-17/21 de la ciudad de Armenia (Quindío), con matrícula inmobiliaria No. 280-0036150, el cual se comunicó al Registrador de Instrumentos Públicos de dicha ciudad mediante Oficio No. 657 de 12 de mayo de 1989, para que procediese a inscribir la medida en los respectivos libros "... y expedir a costa del interesado el certificado de que trata el artículo 681-1 del C. de P. C., y acusar recibo del presente oficio... (...)... para que obre en el proceso" (fl. 56 Cdno. Ppal.).

2o.- La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia procedió a inscribir dicha medida el 15 de mayo de 1989 con la "ESPECIFICACIÓN" "EMBARGO CON ACCIÓN PERSONAL, CUOTA", como se observa en la copia del folio de matrícula inmobiliaria que remitió al mencionado Despacho Judicial, y en el cual aparece una nota cuyo texto es el siguiente: "MATRÍCULAS ABIERTAS CON BASE EN LA PRESENTE (EN LOS CASOS DE SEGREGACIÓN O PROPIEDAD HORIZONTAL) 200-0069832/ 280-0069833/ 280-00 69834/ 280-0069835" (fls. 56 vto. a 58 Cdno. Ppal.).

3o.- En fecha 17 de enero de 1990, la apoderada de la parte ejecutante solicitó al titular del citado Despacho judicial que en razón de que la Ofícina de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia dio cumplimiento parcial a la orden de embargo impartida, pues sólo se inscribió la medida en el folio de matrícula inmobiliaria matriz, se ordenara a dicha oficina subsanar el error y registrar el embargo en los folios de las matrículas inmobiliarias subsidiarias (fls. 65 a 67 Cdno.Ppal.). Por auto de la misma fecha indicada, se denegó la solicitud, "... por cuanto según el certificado de libertad, allegado al proceso y obrante a folio 33 del expediente, dicha oficina registró fue el derecho de cuota que el demandado posee sobre el citado inmueble, pues al especificar la naturaleza jurídica del acto que registra aparece claramente la siguiente anotación 'Embargo con acción personal, cuota'" advirtiendo en la misma providencia "que el secuestro se consumó sobre el derecho también de cuota que el demandado posee en el inmueble antes mencionado" (fl. 68 Cdno. Ppal.).

4o.- En la parte motiva del primero de los actos acusados, la Resolución No. 68 de 1990, se da cuenta que ella se originó en la solicitud formulada por el apoderado del actor en este proceso en el sentido de que se procediera a corregir los errores cometidos al inscribir la medida cautelar que se comunicó mediante Oficio No. 657 de 12 de mayo de 1989 del Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá. En sustento de la decisión adoptada en dicho acto, en su parte motiva, previa transcripción de los artículos 5o., 31, 52 y 82 del Decreto-Ley 1250 de 1970 y de señalarse que mediante Circular No. 63 de 16 de septiembre de 1981 emanada de la División Legal de Registro se impartió la instrucción según la cual "'De acuerdo con el artículo 681 numeral 1 inciso 2o. del Código de Procedimiento Civil, el Registrador debe inscribir los embargos que se comuniquen aunque no corresponda el nombre de la persona demandada con el propietario del inmueble embargado. En este caso los interesados deben solicitar certificado de libertad y presentarlo al Juez que decretó la medida cautelar, para que de oficio proceda a ordenar la respectiva cancelación. Además, las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos informarán al Juez esta situación'", y luego de analizar frente al caso planteado dichas normas, se concluye que "..... hasta la fecha, no existe ningún impedimento para inscribir un oficio de embargo cuando el inmueble no pertenezca al demandado, ya que solamente a partir del 1o. de junio de 1990, según el Decreto 2282 de 1989, los embargos podrán (sic) inscribirse cuando se constate que el inmueble sea (sic) de propiedad del ejecutado" (fls. 257 a 259 cdno. Ppal.).

5o.- Mediante la Resolución No. 133 de 6 de junio de 1990 se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra el primero de los actos acusados, en el sentido de confirmarlo, y en su parte motiva se consignan, entre otras, las siguientes consideraciones (fls. 261 a 264 cdno. Ppal.):

> "– Si bien el recurrente señala que de haberse presentado un error en el certificado de tradición el Juez habría ordenado la cancelación del embargo, sucede que el Juez y la parte interesada, al conocer el certificado de tradición enviado por la Oficina

de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia debieron darse cuenta que el inmueble en referencia había sido constituido en propiedad horizontal y que por tal razón debían de existir matrículas inmobiliarias para cada una de las unidades privadas, como lo establece el artículo 51 del Decreto-Ley 1250 de 1970, y determinar entonces sobre qué unidad o unidades recaía el embargo solicitado, para en esta forma la Oficina de Registro proceder (sic) de conformidad. Esto de acuerdo con el artículo 681 del C.P.C.".

"–En consecuencia tenemos que el Oficio 657 del Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá se ajustaba a lo dispuesto por el artículo 31 del Decreto 1250 de 1970 y que por tal razón no podía la Oficina de Registro negarse a la respectiva inscripción, pues la encontró correcta y el bien a que se refería estaba suficientemente. determinado e individualizado".

"– El embargo que se inscribe en la Oficina de Registro se efectúa, por orden judicial, a solicitud del ejecutante o por intermedio de su apoderado. Si aquél, o éste se equivocan en la dirección de la medida cautelar, no le corresponde al Registrador corregir estos errores. El Registrador no es el que embarga. El Registrador se limita a cumplir una orden judicial, de acuerdo a su contenido y alcance".

6o.- En la parte motiva del último de los actos demandados, la Resolución No. 1409 de 15 de marzo de 1991, luego de hacer alusión a los artículos 11 y 23 del Decreto-Ley 1250 de 1970 y transcribir el artículo 681 numeral 1 del C. de P. C., el Superintendente de Notariado y Registro concluye que "Del tenor literal de las disposiciones transcritas, resulta claro que la citada medida cautelar debe cumplirse en la forma ordenada por el Juez, y una vez inscrito el embargo, el Registrador no puede levantarlo, ni aún en el evento de que el bien no sea de propiedad del ejecutado, pues en tal caso, corresponde al Juez ordenar su cancelación de oficio o a petición del interesado" (fls. 265 a 267 Cdno. Ppal).

Una vez puntualizados los anteriores aspectos y luego de la lectura de las pretensiones formuladas en la demanda a título de restablecimiento del derecho, la Sala considera que las acusaciones a que se contraen los cargos bajo estudio adolecen en absoluto de vocación de prosperidad, pues es incuestionable que ellas tienden exclusivamente a controvertir la legalidad del acto de inscripción del embargo que le fue comunicado a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia por el Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá, la cual no se debate en este proceso y en momento alguno tampoco las razones con base en las cuales se adoptó la decisión recurrida, sintetizadas en el acápite II de esta providencia.

De otra parte, la Sala advierte que el hecho de que la demandante haya provocado un pronunciamiento de la Administracion en relación con el acto de inscripción del referido embargo, de ningúna manera le permite revivir la controversia sobre su legalidad en este proceso, pues es evidente que todos los cargos formulados en la demanda guardan relación con dicho acto y no con los acusados.

Sin perjuicio de lo anterior, se hace notar al apelante que la norma del artículo 681-1 del C. de P. C. vigente al momento de producirse el auto de inscripción de dicha medida cautelar imponía al respectivo Registrador de Instrumentos Públicos proceder al estricto cumplimiento de la orden impartida, sin que le fuera posible abstenerse de ello bajo ninguna circunstancia, ya que en el evento de que del certificado sobre la situación jurídica del inmueble que remitiera al Juez que decretó el embargo apareciera que el bien no pertenecía a la persona contra quien se decretó la medida, este funcionario debería solicitar su caúcelación ".. de oficio o a solicitud del propietario o de cualquiera de las partes...". En efecto disponía a la mencionada norma, modificada por el Decreto 2282 de 1989:

"ARTÍCULO 681.- Embargos. Para efectuar los embargos se procederá así:

"1. El de bienes sujetos a registro se practicará mediante la comunicación del juez que lo decreta al respectivo registrador de instrumentos públicos y privados, quien lo inscribirá y expedirá a costa del solicitante certificado sobre la situación jurídica del inmueble en un período de veinte años si fuere posible. Una vez inscrito, el oficio de embargo se remitirá por el registrador directamente al juez, junto con dicho cetificado.

"Si del certificado aparece que el bien no pertenece a la persona contra quien se decretó el embargo, el juez de oficio o a solicitud del propietario o de cualquiera de las partes, ordenará su cancelación".

En consecuencia, estos cargos no prosperan.

En relación con el segundo cargo, en el cual se plantea que en el fallo recurrido únicamente se transcriben los apartes de la sentencia proferida por esta Sección el 10 de agosto de 1990 (Actor: Armando Díaz García y Cía. S. en C. Exp. No. 212) en cuanto afectan las pretensiones de la demanda, dejando de lado lo favorable de la misma, tal como la cita que en ella se hace del artículo 4o, inciso segundo de la Ley 182 de 1948 y lo relativo a la improcedencia de embargos que se decreten sobre bienes integrados o segregados, la sala considera que sin necesidad de verificar si tales aseveraciones son ciertas o no, dicho cargo carece de vocación de prosperidad, toda vez que mediante él nuevamente se pretende cuestionar la legalidad del acto de inscripción de la medida cautelar que le fue comunicada a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Armenia por el Juzado 37 Civil Municipal de Bogotá, el cual, se repite, no es objeto de controversia en este proceso.

Por consiguiente, al no prosperar ninguno de los cargos formulados por el recurrente, ha de procederse a la confirmación de 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.- CONFÍRMASE la sentencia de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección Primera, de fecha 22 de septiembre de 1994.

Segundo.- De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-3 del C. de P. C., condénase a la parte actora en costas de esta instancia.

Tercero.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de julio de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

AUTORIDADES CATASTRALES-Obligaciones/**REAJUSTE DE AVALÚOS/ACTUALIZACIÓN DE CATASTROS-**Vigencia/**FORMACIÓN CATASTRAL**

El artículo 74 de la Ley 75 de 1986 debe interpretarse en el sentido de que una vez hecha la formación o la actualización catastral éstas tienen una vigencia de 7 años. Durante esta vigencia pueden las autoridades catastrales reajustar el avalúo anualmente. Pero vencida la misma no puede haber nuevos reajustes hasta tanto no se produzca un nuevo acto de formación o actualizacíon.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogota, D.C., cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3268. Recurso de apelación contra la sentencia de 7 de febrero de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar. Actora: SOCIEDAD HACIENDA SANTA ANA GUTIÉRREZ. LTDA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi contra la sentencia de la referencia, por la cual el Tribunal Administrativo del Cesar declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 20-013-0031 de 11 de mayo de 1994; y 20-013-034-94 de 19 de mayo de 1994 y 20-000-053 de 23 de junio de 1994, expedidas por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi - Seccional Cesar.

I.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para declarar la nulidad de los actos administrativos antes mencionados el *a-quo* consideró, en síntesis, lo siguiente:

La controversia planteada radica en establecer si el Instituto Geográfico Agustín Codazzi podía actualizar los catastros municipales antes de los siete años contados a partir de su formación.

El artículo 74 de Ley 75 de 1986 expresa que "Las autoridades catastrales tendrán la obligación de formar los catastros o actualizarlos en el curso de períodos de siete (7) años, en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físico y jurídico del catastro y eliminar las posibles dispariedades en el avalúo catastral originadas en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales de mercado inmobiliario".

Es indudable que la Administración trasgredió esta disposición al expedir los actos demandados porque es fácil entender que cuando la norma se refiere a curso de períodos de 7 años, significa que solamente transcurridos los 7 años debe procederse a la actualización catastral.

Obsérvese como el inciso final del artículo 75 *ibídem* advierte que concluido el período de 7 años desde la formación o actualización del centro catastral no puede hacerse un nuevo reajuste, con lo cual se está indicando claramente que debe transcurrir el susodicho período para que proceda un nuevo avalúo.

Período, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre otras acepciones, tiene la de "tiempo que una cosa tarda en volver al estado o posición que tenía al principio", "espacio de tiempo que incluye toda la duración de una cosa".

No queda duda acerca de que la actualización de los catastros debe hacerse al vencimiento del período de 7 años de la formación o de la subsiguiente actualización. En este caso debió esperarse la Administración hasta el mes de enero de 1995, fecha en que vencía el período de 7 años establecido en el artículo 74 de la Ley 75 de 1986, por lo cual habrá de accederse a las súplicas de la demanda.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del Instituto Geográfico Agustín Codazzi finca su inconformidad con la sentencia apelada, en síntesis, así:

1o): La voluntad del legislador plasmada en el artículo 74 de la Ley 75 de 1986, no es otra que la de conferir mecanismos legales a las autoridades catastrales para que mientras transcurre el lapso de 7 años puedan ordenar la formación y/o actualización del Catastro en todos los municipios del país, sin que en ningún momento prohiba la facultad para formarlos y/o actualizarlos en períodos menores cuando las circustancias lo exijan.

2o): La expresión "en el curso" utilizada por el lesgilador significa que la formación y/o actualización se debe elaborar al menos una vez en el transcurso de 7 años, con el sano propósito de fortalecer los fiscos municipales y con el fin de mantener al día las bases gravables de cada unidad catastral.

3o): El Tribunal sólo examina el vocablo "período" pero no la expresión "en curso", la cual tiene la acepción de "serie o continuación", es decir, que tanto la formación como la actualización catastrales se deben hacer en el transcurso o mientras corren los siete años, desde la ultima formación o actualización, porque en esos 7 años donde se presentan las disparidades de los avalúos catastrales, es decir, las mutaciones físicas, las variaciones de uso o de productividad o las condiciones de mercado inmobiliario.

La explicación a los períodos de 7 años hace relación a la conservación catastral, pues después de 7 años de realizada una formación o actualización no se pueden hacer reajustes porcentuales, de aquellos previstos en el artículo 6o. de la Ley 14 de 1983, modificado por el artículo 75 de la Ley 75 de 1986. Es como una especie de sanción por la inoperancia de las autoridades catastrales por no llevar a cabo la formación o actualización dentro del curso de los 7 años.

III.- LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Los actos acusados ordenaron la actualización del Catastro del Municipio de Agustín Codazzi (Cesar), dentro del cual se encuentran los predios Hacienda Santa Ana y Buenos Aires, de propiedad de la actora.

En dicho Municipio se llevó a cabo la formación catastral en el año de 1987 y se puso en vigencia a partir del 1o. de enero de 1988, según dá cuenta la Resolución No. 20-000-053 de 23 de junio de 1994 en su inciso 7o. (folio 38 del cuaderno principal).

La controversia gira en torno de la interpretación que se le debe dar al artículo 74 de la Ley 75 de 1986, que es del siguiente tenor:

> "El artículo 5o. de la Ley 14 de 1983, quedará así:
>
> Las autoridades catastrales tendrán la obligación de formar los catastros o actualizarlos en el curso de períodos de siete años, en todos los municipios del país, con el fin de revisar los elementos físico y jurídico del catastro y eliminar las posibles disparidades en el avalúo catastral originadas en mutaciones físicas, variaciones de uso o de productividad, obras públicas o condiciones locales de mercado inmobiliario".

Estima la Sala que el análisis de la norma transcrita no puede hacerse tomando aisladamente la acepción de los vocablos "períodos" y "en el curso", sino dentro de un contexto general y armonizado con otras disposiciones de la Ley 75 de 1986, como es el caso del artículo 75.

La expreción "en el curso" por sí sola conduciría a afirmar que ella significa que durante el transcurso de un período de 7 años se puede hacer la formación o actualizacíon del Catastro las veces que se requiera, esto es, desde el primer día hasta el último. Si por ejemplo se hizo la formación o actualización el primer día o el último, a partir del día siguiente comenzaría a contarse un nuevo período de 7 años dentro del cual igualmente podría hacerse una nueva actualización y así sucesivamente. Entonces se pregunta la Sala qué sentido tendría circunscribir la facultad de formar o actualizar el Catastro a períodos de 7 años si de todas maneras no existiría un límite ya que vencido un período comenzaría otro y dentro del mismo se podría formar o actualizar el catastro, las veces que se requiera, como lo sostiene el recurrente?

El artículo 75 *ibídem* preceptúa:

"El artículo 6 de la Ley 14 de 1983 quedará así:

En el intervalo entre los actos de formación o actualización del catastro, elaborado de acuerdo con los artículos 4 y 5 de la ley 14 de 1983, las autoridades catastrales reajustarán los avalúos catastrales para vigencias anuales, en un porcentaje no inferior al 40% ni superior al 60% de la variación del índice de precios de vivienda calculado y elaborado por el Departamento Nacional de Estadística –DANE–. El porcentaje será determinado por el Gobierno Nacional, antes del 31 de octubre de cada año, previo concepto del Consejo Nacional de Política Económica y Social –CONPES–.

Concluido el período de siete años de la formación o actualización del Censo Catastral, no se podrá hacer un nuevo reajuste y continuará vigente el último censo catastral hasta tanto se cumpla un nuevo acto de formación o actualización del censo del respectivo predio".

Armonizando las dos disposiciones transcritas infiere la Sala que necesariamente el artículo 74 debe interpretarse en el sentido de que una vez hecha la formación o la actualización catastral éstas tienen una vigencia de 7 años. Durante esta vigencia pueden las autoridades catastrales reajustar el avalúo anualmente. Pero vencida la misma no puede haber nuevos reajustes hasta tanto no se produzca un nuevo acto de formación o actualización.

Si los predios de la actora fueron formados en 1987 para una vigencia que comenzó el 1o. de enero de 1988, la actualización de los mismos en el Catastro no podía hacerse sino a partir del 1o. de enero de 1995 y, en estas circunstancias, la expedición de los actos acusados antes de dicha fecha, como lo observó el *a-quo,* transgrede el artículo 74 de la citada Ley 75 de 1986, imponiéndose así la confirmación de la sentencia recurrida.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 30 de junio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO
Ausente

AUTORIDADES CATASTRALES-Funciones/**OFICINA DE REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS**-Funciones/**INSCRIPCIÓN CATASTRAL**-Cancelación

El acto acusado incurre en franca violación del artículo 3o. de la Resolución 660 de 1984, pues si de conformidad con lo previsto por el artículo 3o. del decreto 1711 del mismo año, "las mutaciones de la propiedad inmueble se cumplen mediante la inscripción de los títulos en la respectiva oficina de registro y de éstas tomarán nota las oficinas de catastro para efecto de las operaciones a ellas asignadas", ello conduce a predicar que siendo el obje-tivo de la conservación catastral el "mantener al día los documentos catastrales de conformidad con los cambios que experimente la propiedad raíz en sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico" (art. 12 Decreto 3496 de 1982), las autoridades catastrales, en las operaciones o actuaciones que realicen con ese fin y en relación con dicho aspecto jurídico, deben limitar su actividad a plasmar en los documentos catastrales las mutaciones que experimente la propiedad inmueble de acuerdo con las informaciones que les remitan las oficinas de registro de instrumentos públicos y sólo hasta que tal hecho se produzca, sin que le esté permitido proceder autónomamente a ello según sus propias valoraciones.

INSCRIPCIÓN CATASTRAL-Cancelación/**CONDENA DE PERJUICIOS**-Improcedencia/**DICTAMEN PERICIAL**-Valor Probatorio/**PRUEBA**-Inexistencia

Para la Sala es evidente que no hay lugar a la condena de perjuicios solicitada en la demanda, toda vez que la valorización de los perjuicios realizada por los peritos en su dictamen se edifica sobre simples hipótesis, conjeturas o

suposiciones carentes de todo respaldo probatorio, que resultan inadmisibles para condenar económicamente a la entidad demandada, pues la procedencia de dicha condena estaba supeditada a la plena demostración de que el daño que alegan haber sufrido los actores ocurrió efectivamente, vale decir, que la imposibilidad de obtener el paz y salvo catastral de los inmuebles cuyas inscripciones se dispuso cancelar por el acto acusado los privó de realizar las hipotéticas transacciones comerciales a que alude dicho dictamen pericial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo:- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., seis (6) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3016. Actor: Eduardo Crissien Samper y Otros.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 16 de marzo de 1994.

I. ANTECEDENTES

a.- Los actores, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

Los ciudadanos Eduardo Crissien Samper, Rubén Maury Pertuz, María del Socorro Ardila de Maury y Cristóbal Barros Cantillo, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A.. solicitaron ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, las siguientes declaraciones y condenas:

1o. Que se decrete la nulidad de la resolución No. 08-001-116-87 del 18 de marzo de 1987 expedida por el Director Ad-hoc del Instituto Geográfico Agustín Codazzi - Seccional de Catastro del Atlántico, mediante la cual revocó en todas sus partes la Resolución No. 574 de 5 de agosto de 1986, originaria de la Sección de Conservación Catastral del mismo Instituto.

2o. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al Instituto Geográfico Agustín Codazzi-Seccional Atlántico volver a incorporar en el registro catastral los predios Nos. 00-0-002-050, 00-0-002-143, 00-0-002-144 y 00-0-002-193, con matrículas inmobiliarias Nos. 040-003-0823, 040-003-0822, 040-002-9920 y 040-002-9213, respectivamente, de propiedad de los actores y cuyas inscripciones fueron suprimidas en virtud de la resolución acusada.

3o. Que se condene a la parte demandada a pagar a cada uno de los actores el valor de los perjuicios económicos ocasionados con la expedición del acto acusado.

b.- El acto acusado

Es la Resolución No. 08-001-116 de 8 de marzo de 1987, cuya copia auténtica obra a folios 6 a 8 del cuaderno principal.

c.- Los hechos de la demanda

Los hechos que los actores citan como fundamento de su pretensiones se resumen así (fls. 49 a 51 del cdno. ppal.):

1o. Eduardo Crissien Samper y Rubén Maury Pertuz, mediante Escritura Pública No. 109 de 3 de febrero de 1976, adquirieron por compra hecha a Luis Ángel Gómez López, un lote de terreno con extensión superficiaria de 134.955 metros cuadrados, matrícula inmobiliaria No. 040-003-0823 y registro catastral No. 00-0-002-050, ubicado en el perímetro urbano de Barranquilla, en la banda sur de la nueva autopista en construcción que de Barranquilla conduce al municipio de Puerto Colombia, kilómetro uno, denominado La Esperanza.

2o. María del Socorro Ardila de Maury, mediante Escritura Pública No. 1160 adquirió por compra hecha a José Ramón Santamaría el derecho de propiedad sobre un lote de terreno con extensión aproximada de 20.000 metros cuadrados, situado en el perímetro urbano de Barranquilla e identificado con el registro inmobiliario No. 040-003-0822 y el registro catastral No. 00-0-002-143; así mismo adquirió un lote de terreno de 10.000 metros cuadrados ubicados en el perímetro urbano de Barranquilla, identificado con la matrícula inmobiliaria No. 040-002-9920 y el registro catrastal No. 00-002-144.

3o. Cristóbal Barros Cantillo mediante Escritura Pública No. 287 de 11 de febrero de 1985, por compra hecha a Antonio Yepes Torres, adquirió el derecho de propiedad sobre un lote de terreno de 5.000 metros cuadrados de extensión ubicado en el perímetro de Barranquilla, el cual posee la matrícula inmobiliaria No. 040.002.9213 y el registro catastral No. 00-0-002-193.

4o. La empresa "Cementos del Caribe S.A" solicitó al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Seccional Catastro de Atlántico, la cancelación de los predios 00-0-002-050, 00-0-002-143, 00-0-002-144 y 00-0-002-193 inscritos a nombre de los demandantes, petición que fue resuelta negativamente por el jefe de la Sección de Conservación Catastral del Instituto mediante Resolución No. 574 de 5 de agosto de 1986.

5o. Contra la anterior resolución "Cementos del Caribe S.A", interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto por un Director Ad-hoc mediante la resolución impuganada,

revocando en todas sus partes la No. 574 de 1986 y ordenando la cancelación del registro catastral de los predios en mención.

6o. La resolución acusada incurre en violación de normas jerárquicas superiores y en falsa motivación, así como en errores materiales, tales como omitir el nombre de María del Socorro Ardila de Maury, propietaria de los predios con referencias catastrales Nos. 00-0-002-143 y 00-0-002-144 y el de hacer aparecer como de propiedad de Luis Gómez López el predio con referencia catastral No. 00-0-002-193, cuando en realidad corresponde a Cristóbal Barros Cantillo, a quien sí se hizo figurar en el edicto fijado para notificar a los afectados.

d.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que se resumen a continuación: (fls. 51 a 55 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Violación del artículo 3o. de la Resolución No. 660 de 30 de marzo de 1984 (Reglamento Nacional de Catastro), expedida por el Director General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, pues de su contenido se desprende que el registro catastral no es otra cosa que la actividad material consecuente de la actividad jurídica precedente, es decir, del registro inmobiliario verificado ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos. En consecuencia, para que pueda ser cancelada la inscripción catastral a nombre de determinada persona, debe destruirse previamente su calidad de propietario o poseedor inscrito en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos mediante los procedimientos legales señalados para tal fin.

En ninguna parte del acto administrativo acusado se afirma que la calidad de poseedores inscritos de que gozan los actores haya desaparecido, bien sea por acción administrativa o judicial, y, por el contrario, sus respectivos registros inmobiliarios permanecen vigentes e inalterables.

Cancelar un registro catastral sin que previamente se haya cancelado el registro inmobiliario ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, es un acto arbitrario e injusto que por sí solo motiva la nulidad de la resolución impugnada.

Segundo cargo.- Violación del artículo 42 del Decreto Extraordinario No. 1250 de 1970 (Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos), toda vez que en dicha norma se confía exclusivamente al registrador de instrumentos públicos la potestad de cancelar un registro o inscripción sobre un inmueble, y en el artículo 3o. de la Resolución No. 660 de 1984 se dispone que es función de dicha oficina "anotar en los documentos catastrales el objeto o bien inmueble, de acuerdo con ... la escritura o matrícula inmobiliaria del predio".

Por consiguiente, el funcionario que expidió la resolución acusada se arrogó funciones propias del Registrador de Instrumentos Públicos al cancelar la inscripción catastral de los demandantes, puesto que dio por sentada la cancelación previa y necesaria de la matrícula inmobiliaria, como si esta se hubiera producido, decidiendo por sí y ante sí cancelar unas inscripciones o registros catastrales legalmente válidos.

Tercer cargo.- Violación del artículo 50 del Decreto No. 1250 de 1970, al afirmar el acto acusado que "no puede subsistir en el Catastro la inscripción de unos predios que no existen físicamente... los predios que aparecen en el catastro con referencias 00-0-002-050, 00-0-002-143, 00-0-002-144 y 00-0-002-193 están involucrados en un solo lote al que hace referencia la escritura No. 973 de 8 de mayo de 1985 que contiene la protocolización de la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla con fecha diciembre 3 de 1976 y que contempla el juicio de pertenencia promovido por la sociedad Cementos del Caribe S.A., registrada con matrícula No. 040-00359 de septiembre 28 de 1977".

Aparte de la insólita apreciación subjetiva del Director Ad-hoc de la Seccional Catastro en el sentido de que en el proceso de pertenencia promovido por Cementos del Caribe S.A., se absorbió la propiedad inmobiliaria de los actores, cada una con más de 10 años de posesión inscrita, no existe ninguna demostración o prueba ni la más mínima indicación de que el Registrador de Instrumentos Públicos hubiera efectuado la mutación de sus predios en favor de Cementos del caribe S.A., y comunicado tal circunstancia a la Seccional de Catastro, produciéndose así la cancelación del registro inmobiliario de los actores, cosa que nunca se produjo, razón por la cual también es violado el artículo 50 citado.

Además, existe una imposibilidad jurídica para que tenga asidero la afirmación de que la pertenencia decretada en favor de Cementos del Caribe S.A. absorbió la existencia física de los predios de los actores, pues con la simple lectura de los certificados de tradición de los referidos predios se advierte que todos y cada uno de los inmuebles en cuestión tuvieron como tradente inicial a Manuel José Cañas Villamil, quién los adquirió por adjudicación dentro del juicio de pertenencia promovido en el Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla, según sentencia registrada el 4 de junio de 1975, matrícula inmobiliaria No. 040-0024536 y por lo tanto anterior al proceso de pertenencia instaurado por Cementos del Caribe S.A., del que se habla en la resolución acusada y que solamente fue registrado según lo dice allí, el 3 de diciembre de 1976.

Para desvirtuar la insólita afirmación de la "inexistencia física" de los predios en referencia se puede advertir en la fotocopia levantada por el personal técnico de la Seccional de Catastro, la existencia física de los mismos con sus respectivas delimitaciones y con el número de referencia catastral que a cada uno se le asignara y que son los mismos que aparecen en los cuadros de registros catastrales insertos en la resolución impugnada.

Es extraño que en el mencionado plano el predio correspondiente a Cementos del Caribe S.A. y que colinda con el de los actores aparezca con la referencia catastral que realmente le pertenece (00-0-002-047), mientras que en los cuadros referidos se le haga aparecer con el mismo registro catastral que corresponde al predio de Eduardo Crissien Samper y Rubén Maury Pertuz (00-0-002-050).

Cementos del Caribe S.A. ha pretendido por sí misma o a través de testaferros, ocupar por las vías de hecho los predios de los actores quienes por tal razón se han visto en la necesidad de acudir a las autoridades policivas para la protección de sus derechos, habiendo obtenido el lanzamiento de los invasores u ocupantes de hecho, debido al mérito y autenticidad de los títulos por ellos presentados.

La resolución acusada acoge desacertadamente las afirmaciones del Jefe de Formación Catastral contenidas en el oficio No. 100 de 21 de febrero de 1986, en el sentido de que los títulos o inscripciones de Cementos el Caribe S.A. son "más claros y precisos" que los de los demandantes, y que la citada sociedad mantiene la posesión material del predio, pues ello se desvirtúa con los procesos policivos instaurados en los que han hecho valer ante las autoridades correspondientes, los derechos que solamente los poseedores de inmuebles pueden ejercer.

Admitiendo en gracia de discusión que los actores no mantienen la posesión material de sus bienes, ello no es razón jurídica suficiente para invalidar unos registros inmobiliarios vigentes (no controvertidos judicialmente) y sus consiguientes inscripciones catastrales.

Cuarto cargo.- Violación del artículo 50 del C.C.A. que dispone que no habrá apelación de las desiciones de los representantes legales de las entidades descentralizadas, por cuanto al resolver el Director Ad-hoc el recurso de apelación interpuesto por Cementos del Caribe S.A. contra la Resolución No. 574 de 1986, aquél tenía la misma calidad y jerarquía del funcionario a quien reemplazaba transitoriamente, es decir, al "...representante legal del organismo descentralizado que es la Seccional de Catastro del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi', o sea, su Director Seccional..." (sic).

e.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fl.73 a 84 del Cdno. Ppal.):

En cuanto a la pretendida violación del artículo 3o. de la resolución No. 660 de 30 de marzo de 1984, aduce que dicha norma no exige en parte alguna que deba repetirse o copiarse lo actuado por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, o que se tenga que supeditar la actuación catastral a las resultas de la labor registral. La escritura pública

y el registro o matrícula inmobiliaria son medios (no los únicos) para esrablecer el elemento jurídico del catastro. El aspecto jurídico en el catastro es apenas un elemento tenido en cuenta para la identificación de los inmuebles, que es en definitiva el objetivo del catastro (Art. 3ò. de la Ley 14 de 1983).

En consecuencia, el aspecto jurídico en el catastro (relación objeto-sujeto) no tiene la connotación que quiere darle la parte demandante, toda vez que la inscripción de este elemento en el catstro no sanea los vicios de que adolezca la titulación, ni puede alegarse como excepción contra un mejor derecho de propiedad o posesión, ni constituye título de dominio sobre el predio (Arts. 152 del Decreto No. 1301 de 1940 y 18 de la resolución No. 660 de 1984).

Las inscripciones en el catastro tienen como propósito esencial la correcta identificación de los inmuebles, siendo así que cuando la sociedad Cementos Caribe S.A. pidió su inscripción sobre los predios en litigio, se hizo la correspondiente identificación física y jurídica, llegándose a la conclusión de que físicamente constituían un solo predio englobado y que jurídicamente debían ser inscritos a nombre de dicha sociedad con fundamento en la sentencia del Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, del 3 de diciembre de 1976, protocolizada en la Escritura Pública No. 973 de 8 de mayo de 1985.

En resumen, existe un sólo espacio geográfico y sobre él se disputan la inscripción los demandantes y Cementos Caribe S.A., de tal forma que la inscripción de una de las partes conlleva la exclusión de la otra. La entidad demandada, previo los estudios técnicos y jurídicos pertinentes, concluyó que debía inscribir en sus documentos catastrales a Cementos del Caribe S.A.

En lo que se refiere a la pretensión de que el Instituto demandado incorpore en el registro catastral los supuestos predios de los demandantes, señala que el catastro no puede inventar o crear imaginariamente unos predios para inscribir a los demandantes, siendo lo procedente la cancelación de la inscripción de Cementos del Caribe S.A., cuestión que no solicitó la parte actora.

Apunta además que las Oficinas de Registro establecen matrículas inmobiliarias sin percatarse de la existencia real de los predios, pues el único sustento de aquellas son los instrumentos presentados cuyo contenido no siempre coincide con la realidad. Por el contrario, el catastro se debe verificar, por confrontación con la realidad, la existencia o no de los predios, realizando un censo de la propiedad inmueble e identificándola por sus aspectos físico, económico, jurídico y fiscal.

En lo que toca con la violación de los artículos 42 y 50 el Decreto 1250 de 1970, denominado "Estatuto del Registro de Instrumentos Públicos", afirma que como su nombre lo indica, éste establece las obligaciones y procedimientos para el registro y no

para el catastro, al cual sólo se refiere tangencialmente en lo que respecta a aquellas actividades que deben desarrollar estrechamente las dos entidades. El catastro tiene un estatuto especial conformado principalmente por la Leyes 65 de 1939 y 14 de 1983, y los Decretos 1301 de 1940 y 3496 de 1983; la interrelación registro-catastro está regulada por el Decreto Extraorninario 1711 de 1984.

Por tanto, el Decreto 1250 de 1970 no es aplicable a las actuaciones catastrales, habiendo sido las normas que en él se refieren a catastro derogadas por la Ley 14 de 1983, por el Decreto 1711 de 1984 y por la Resolución 660 de 1984, expedida en uso de las facultades conferidas por el artículo 12 de la Ley 14 de 1983, las cuales son posteriores al decreto 1250 de 1970, regulan íntegramente la materia catastral y tienen el carácter de especiales.

De otra parte, afirma que la transcripción de los artículos 42 y 50 del Decreto 1250 de 1970 efectuada por la parte actora no corresponde al contenido real de los mismos, generando confusión con las citas equivocadas y tratando de hacer aparecer como vigentes unas disposiciones derogadas. En consecuencia, la demanda basa sus argumentos en unas normas inexistentes jurídicamente.

Asímismo, ni el Decreto 1250 de 1970 ni ninguna otra norma vigente, establecen la subordinación del catastro a las anotaciones del registro, lo cual sería ilógico dado que cada una de ellas lleva a cabo labores independientes entre sí, tienen la misma categoría y gozan de su propia personería jurídica y autonomía administrativa. Además, los objetivos o fines y las consecuencias jurídicas y prácticas de cada una de las labores del registro y el catastro son por naturaleza esencialmente distintas.

La resolución demandada no pretende quitar el derecho de propiedad sobre el espacio geográfico en controversia sino simplemente identificar plenamente esa porción terrestre. Añade que las anotaciones del catastro no obligan al registro ni modifican el derecho de dominio o demás derechos constituidos sobre los predios (artículo 152 del Decreto 1301 de 1940), no siendo por tanto cierta la afirmación de la parte demandante de que se les ha abrogado el derecho de propiedad y/o posesión de los actores.

Respecto de la violación del artículo 50 del C.C.A. señala que ello no es cierto y que por el contrario se le dio debida aplicación, pues la petición de Cementos Caribe S.A. fue resuelta desfavorablemente mediante Resolución No. 574 de 1986, emanada de la Jefatura de Conservación de la Seccional de Catastro del Atlántico, contra la cual se interpuso el recurso de apelación decidido por el Jefe de la Oficina Seccional de Catastro Ad-hoc mediante la resolución atacada.

Por último, la entidad demandada analiza la naturaleza, funciones y consecuencias o efectos de la actividad catastral, concluyendo que en el presente caso geográficamente

los predios en cuestión eran un sólo espacio terrestre, procediéndose a identificar el predio de su elemento jurídico. e infiriéndose que correspondía inscribir a Cementos del Caribe S.A., en virtud de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla.

Anota que la demandada al hacer el análisis jurídico no se arrogó funciones jurisdiccionales ni de registro, sino que cumplió con las órdenes del Decreto 1301 de 1940 (art. 9o.), la Ley 14 de 1983 (arts. 3 y 12) y la Resolución 660 de 1984 (art. 3o.), según los cuales las inscripciones del aspecto jurídico, deben hacerse de acuerdo, entre otros, con el artículo 673 del C.C. que versa sobre el modo de las adquisiciones del dominio, entre ellas la "prescripción", la cual ocurrió contra los ahora demandantes de conformidad con la sentencia aludida.

El Instituto demandado efectuó plenamente la identificación física de los inmuebles donde se determinaron los tópicos previstos en el artículo 31 del Decreto 960 de 1970.

De otra parte, la entidad demandada propone las siguientes excepciones:

1a. Ineptitud de la demanda, por cuanto al señalar las presuntas normas violadas la parte actora cita unos artículos inexistentes y se los atribuye al Decreto No. 1250 de 1970.

2a. Indebida acumulación de pretensiones, toda vez que se solicita en la demanda un doble restablecimiento del derecho: Que se vuelvan a incorporar en el registro catastral las inscripciones de los demandantes, y se concede al pago de unos perjuicios económicos supuestamente ocasionados por la resolución impugnada, lo cual va en contra de los preceptuado en el artículo 85 del C.C.A. que establece la alternativa de que se pida el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, pero no ambos, pues la Administración se vería condenada doblemente por un mismo acto.

3a. Falta de integración del *litis* consorcio necesario, ya que Cementos del Caribe S.A. tiene actualmente una situación jurídica, particular y concreta reconocida debidamente por la Oficina Seccional de Catastro del Atlántico, pudiendo ser perjudicada con la sentencia del Tribunal, encontrándose por tanto directamente interesada en las resultas del proceso y debiendo ser notificada para que pueda ejercer su derecho de defensa.

f.- La impugnación de la demanda

Al proceso compareció la Sociedad Cementos del Caribe S.A. como impugnante de la demanda, y en sus alegaciones manifiesta en síntesis, lo siguiente (fls. 17 a 171 y 210 a 213 Cdno. Ppal.):

No se violó el artículo 3o. de la Resolución 660 de 1984, pues para expedirse el acto acusado no solo se tuvo en cuenta el aspecto jurídico, uno de los cuatro que se contemplan para la formación catastral, sino también el físico, o sea la posesión material del inmueble por parte de Cementos del Caribe S.A., como se confirma en el dictamen pericial. El aspecto jurídico se tuvo en cuenta, toda vez que tanto los demandantes como Cementos del Caribe S.A. presentaron ante el Instituto Geográfico Agustín Codazzi sus títulos de adquisición del dominio.

De la lectura del artículo 42 del Decreto 1250 de 1970 se evidencia que sus mandatos son totalmente distintos a los que le atribuyen los actores. Igual situación se presenta respecto del artículo 50 *ibídem,* y aún cuando el texto citado en la demanda parece corresponder al artículo 48 del mismo estatuto, éste fue derogado expresamente por el artículo 16 del Decreto 1711 de 1984, es decir, mucho antes de la presentación de la demanda.

Tampoco se desconoció el artículo 50 del C.C.A., pues la decisión apelada ante el Director del Instituto se había expedido por el Jefe de Conservación de la misma entidad.

g.- La actuación surtida

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A. a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 31 de julio de 1987 se admitió la demanda (fl. 60 del Cdno. Ppal.).

Mendiante proveído de 21 de septiembre de 1988 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por las partes (fls. 94 y 95 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 5 de diciembre de 1989 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandante, la parte demandada, el tercero reconocido (Cementos del Caribe S.A.) y el Ministerio Público (fls. 204 a 206, 207 a 209, 210 a 213 y 214 a 220 del Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controvercia planteada, el tribunal de primera instancia denegó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora con fundamento en las siguientes consideraciones principales (fls. 255 a 262 del Cdno. Ppal.):

Frente al cargo de violación del artículo 42 del Decreto 1250 de 1970, por considerar los demandantes que es al Registrador de Instrumentos Públicos a quien corresponde

exclusivamente la cancelación del registro o inscripción y que por tanto el funcionario de la entidad demandada se arrogó funciones que no le competen, el tribunal estima que de dicha norma no se colige lo afirmado por aquellos y que lo que en ella se establece es que el registro o inscripción (de la Oficina de Instrumentos Públicos) que se haya cancelado pierde sus efectos jurídicos por ese solo hecho. Es decir, que el registro inmobiliario cancelado ni produce eficacia ni tiene la virtualidad de crear situaciones jurídicas.

Para tal inscripción o registro cancelado recupere su eficacia, es necesario sentencia judicial en firme.

El caso en comento no se adecúa a la disposición alegada, pues ésta se refiere a la inscripción o registro inmobiliario de la Oficina de Instrumentos Públicos y el punto en debate en este proceso es la inscripción catastral en el Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

Asímismo, la norma citada se refiere a la eficacia que eventualmente puede recobrar un registro cancelado, y en este caso los demandantes actúan sobre la base de que su inscripción catastral no debió cancelarse, pero si la norma se refiriera al caso sub judice, la eventualidad prevista en aquella, en el sentido de que la posibilidad de que un registro recobre eficacia, se cumplirá puesto que la resolución acusada se apoyó en la sentencia del Juzgado Sexto Civil del Circuito, confirmada por la sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Al no existir relación entre los hechos que se debaten y los supuestos fácticos previstos por la norma, no prospera el primer cargo.

En cuanto el artículo 50 del Decreto 1250 de 1970, encuentra el quo que las razones que aducen los actores para considerarlo violado tampoco guardan relación con los supuestos fácticos de la norma. En efecto, la estipulación citada se refiere a la exigencia de abrir nuevos folios de matrícula inmobiliaria (en la Oficina de Instrumentos Públicos) cuando un título conlleve el fraccionamiento o englobamiento de la propiedad, y en el caso de autos la discusión no se centra en si se omitió o no abrir un nuevo folio de matrícula inmobiliaria para efectos de consignar los cambios por razón de un nuevo propietario (Cementos del Caribe S.A.), sino que se contrae a discutir si se debió o no cancelar las inscripciones catastrales de los actores en el registro catastral del Agustín Codazzi, supuesto fáctico no contemplado en la norma invocada, razón por la cual tampoco prospera el cargo.

En lo que respecta a la violación del artículo 3o. de la Resolución No. 660 de 1984, el fallador de primera instancia señala que el acto acusado, al hacer el sustento jurídico en el cual soporta la nueva inscripción, indica que la Escritura No. 973 de 8 de mayo de 1985 contiene la protocolización de la sentencia de 3 de diciembre de 1976 que falló el

juicio de pertenencia promovido por Cementos del Caribe S.A., y que en los antecedentes administrativos del acto acusado obra copia de dicha providencia y de la segunda instancia que la confirmó, en las cuales se declaró a la mencionada empresa propietaria absoluta del inmueble La Concepción por prescripción adquisitiva de dominio y ordenó su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Concluye el tribunal diciendo que la parte motiva del acto demandado hace referencia a que el lote cuya inscripción se ordena a nombre de Cementos del Caribe S.A. está titularizado por Escritura No. 973 de 8 de mayo de 1975, luego el acto administrativo tiene fundamentos jurídicos, cuales son los fallos judiciales de primera y segunda instancia, y la escritura en mención, no operando así la infracción al artículo 3o. de la Resolución No. 660 de 1984.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la parte actora fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 264 a 269 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- Contrario a lo considerado por el tribunal a quo, sí se violó el artículo 42 del Decreto 1250 de 1970, por lo consiguiente:

a) Porque si la función principal del catastro es la de realizar y mantener actualizado el inventario de los bienes inmuebles existentes en todo el territorio nacional, la cancelación de una ficha catastral, por la pretendida inexistencia física del inmueble a la cual se refiere, implica consecuencias en la matrícula del registro inmobiliario donde aparece anotado el registro de quien figura como propietario del supuesto bien.

b) Dado que el artículo 48 del Decreto 1250 de 1970, impone, entre otras, la obligación de anotar en el registro inmobiliario la ficha o cédula catastral respectiva y la de informar a las oficinas de catastro acerca de las inscripciones de títulos relativos a la propiedad inmobiliaria, de ello resulta obvio que al ser registrados los títulos de propiedad referentes a los terrenos cuyas cédulas catastrales fueron anuladas por inexistencia física de los mismos, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla debió haber cumplido con esta obligación legal. Tal inscripción así anotada debe permanecer inalterada hasta tanto se produzca una mutación originada en la voluntad de los propietarios o en sentencia judicial.

c) El espíritu de los artículos 49 y 50 del citado decreto es el de que los registradores informen cualquier mutación que se produzca en un título de propiedad inmobiliaria y no a la inversa, esto es, que catastro informe a los registradores de instrumentos públicos que han cancelado una cédula catastral por inexistencia física del inmueble, ya que ello implica desaciertos como el cometido en la resolución acusada.

Segundo cargo.- También se incurrió en violación del artículo 3o. de la Resolución 660 de 1984, pues "...como bien se afirma en la demanda el registro catastral no es otra cosa que la actividad material consecuente de la actividad jurídica precedente". Agregan los recurrentes que si el tribunal hubiere sido más analítico en el examen del cargo, "...tal vez hubiera podido sacar en conclusión lo siguiente":

a) Que el registro de la escritura de protocolización de la sentencia mediante la cual se puso fin al proceso de pertenencia iniciado por Cementos del Caribe S.A. es posterior al registro de la sentencia emanada del Juzgado Noveno Civil del Circuito de Barranquilla dictada dentro del proceso de pertenencia de Manuel cañas Villamil, lo cual se produjo el 22 de julio de 1975.

b) Que si el inmueble a que se refieren las sentencias mencionadas es el mismo, debe prevalecer por ser más antiguo el registro de la sentencia de fecha 4 de julio de 1985 dictada en favor de Manuel Cañas Villamil.

c) Que si los inmuebles son diferentes, ambos registros son válidos y deben por tanto coexistir, ya que no le es dado a catastro cancelar sus cédulas catastrales sin que exista previamente un pronunciamento judicial acerca de la existencia física del inmueble respectivo.

Sostiene la apelante que de triunfar la hipótesis planteada en el literal b), la cancelación de las cédulas catastrales debe ser la consecuencia de sentencias judiciales que ordenen al registrador de instrumentos públicos respectivo cancelar los registros inmobiliarios más recientes, debiendo a su vez dicho registrador comunicar a catastro lo pertinente para lo de su cargo, esto es, para que proceda a la cancelación de las cédulas catastrales para el título que fue cancelado.

Agrega el recurrente que para resaltar las consideraciones expuestas, se precisa lo siguiente:

1o.- Si el lote al que se refiere la sentencia del Juzgado Sexto Civil del Circuito dentro del proceso de pertenencia provido por Cementos Caribe S.A. fuera el mismo que figura descrito en los títulos de propiedad de los demandantes, tal sentencia debió anotarse en el folio de matrícula inmobiliaria donde están registrados los títulos de propiedad de cada uno de los inmuebles de los actores.

2o.- Lo anterior, en razón a que para el 31 de mayo de 1976, fecha en que Cementos Caribe S.A. presentó la demanda de pertenencia en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, ya había sido registrada la sentencia de pertenencia proferida por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del proceso de Manuel Cañas Villamil, pues la fecha de registro fue el 4 de julio de 1975 en el folio de matrícula inmobiliaria No. 040-0024536.

3o.- La demanda de pertenencia de Cementos del Caribe S.A. no reunió las exigencias de la ley, ya que no fue dirigida contra ninguna persona en particular y mucho menos contra aquellas personas que se creyeran con derechos sobre el inmueble objeto de la pertenencia. Además los peritos no se preocuparon por establecer el área del bien, ni las medidas de cada lindero, a diferencia de lo ocurrido en el proceso promovido por Cañas Villamil. donde sí se precisaron las medidas y el área del bien.

Por último, reitera lo expuesto en la demanda en el sentido de que el Instituto Geográfico Agustín Codazzi se arrogó funciones que son propias de la justicia ordinaria, alegando la prescripción adquisitiva de dominio en favor de Cementos del Caribe S.A., afirmación descabellada y no cierta, pues de serlo, los folios de matrícula inmobiliaria de los actores estarían cancelados y no vigentes como en efecto lo están, situación que jurídicamente debe ser así, pues el juicio de pertenencia no se adelantó contra ellos.

IV.- IMPUGNACIÓN DEL RECURSO

En el alegato de conclusión la entidad demandada expone en resumen, los siguientes argumentos:

1o.- La inscripción catastral en favor de Cementos del Caribe S.A. tuvo como base la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla, decisión judicial que produjo efectos *erga omnes,* afectando los derechos que pudieron tener los demandantes sobre el predio en cuestión.

La declaración de pertenencia tiene su fundamento en la figura jurídica de la prescripción, uno de los modos de adquirir el dominio o propiedad, así como medio para extinguir las acciones y los derechos ajenos. En consecuencia, la prescripción guarda estrecha relación con la función social que debe tener la propiedad, siendo una de las características que regulan la prescripción, la de que ésta es de orden público, es decir, que los términos establecidos por la ley para adquirir un derecho por prescripción, no pueden estar sometidos a la voluntad de las partes, pues el Estado tiene especial interés en que se cumplan los objetivos socioeconómicos y políticos perseguidos, descartando actitudes de los particulares que puedan desvirtuar su fin.

2o.- El objetivo del catastro es lograr la correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica de los bienes inmuebles manteniendo al día los documentos catastrales de acuerdo con los cambios que experimente la propiedad inmueble, conceptos consagrados en el Decreto 1301 de 1940 originario del catastro y reglamentario de la Ley 65 de 1939; en la Ley 14 de 1983 y en su Decreto Reglamentario No. 3496 del mismo año.

El objetivo perseguido por el catastro reafirma la legalidad de la resolución demandada y la no transgresión de las normas a que se refiere la parte actora.

3o.- El régimen de catastro es de derecho público y es sustancialmente diferente al aplicado por el registro de instrumentos públicos, que no se presupone necesariamente la subordinación de las Seccionales del Instituto Geográfico Agustín Codazzi respecto de las inscripciones catastrales, al contenido de los folios de matrículas inmobiliarias, ya que la finalidad del catastro es la determinación físico jurídica de los límites de la propiedad inmueble y la del registro se concibe como medio de tradición del dominio, como mecanismo de publicidad del derecho de propiedad.

4o.- La inscripción catastral en favor de Cementos caribe S.A. en nada afecta el derecho de dominio o propiedad que pueden tener los demandantes ni los demás derechos constituidos sobre el terreno objeto de inscripción, en virtud de expresa disposición legal contenida en el artículo 152 del Decreto 3101 de 1940, ratificada en la Resolución No. 660 de 1984 de la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, derogada por la Resolución No. 2555 de 1988 que la reemplazó, cuyo artículo 18 expresa que: "la inscripción en el catastro no constituye título de dominio, ni sanea los vicios que tenga una titulación o posesión". De lo anterior se deduce que la providencia impugnada no ha causado ningún tipo de perjuicio a los actores.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación expresa que según los hechos probados y la normatividad contenida en los artículos 72 y 79 del decreto 1250 de 1970; 28 de la Ley 14 de 1983; 3o. del Decreto 1711 de 1984; y 45 del Decreto Reglamentario 3496 de 1983, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi sólo puede modificar los datos que a catastro se refieren cuando sea informado por la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados, razón por la cual considera procedente la revocatoria de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y la consecuente anulación de la resolución acusada.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo, en el cual se reitera a la violación del artículo 42 del Decreto Ley 1250 de 1970, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

1o.- Porque si conforme a la indicada disposición legal, "el respectivo registro o inscripción que haya sido cancelado carece de toda fuerza legal, y no recuperará su eficacia sino en virtud de sentencia en firme", es a todas luces evidente que sus mandatos no pudieron ser desconocidos por el acto acusado, pues ellos simplemente consagran el efecto jurídico del acto de cancelación de la inscripción o registro inmobiliario por parte de los registradores de Instrumentos Públicos, como se deduce de la simple lectura de los artículos 40 y 41 ibídem, y en ningún momento a aquél o aquellos que pudieren

derivarse de actos que disponen la cancelación de determinados predios del inventario o censo actualizado que corresponde llevar a las autoridades catastrales de acuerdo con las normas reguladoras de tal actividad.

2o.- Porque en la medida en que el acto acusado se expidió con posterioridad a la derogatoria del artículo 48 del Decreto Ley 1250 de 1970, expresamente dispuesta por el artículo 16 del decreto 1711 de 1984, dicha norma no puede invocarse válidamente en sustento del recurso.

3o.- Porque el hecho que el artículo 49 del Decreto 1250 de 1970 señale que "cuando se divida materialmente un inmueble o se segregue de él una porción, o se realice en él una parcelación o urbanización, o se constituya en propiedad por pisos o departamentos, el registrador dará aviso a la respectiva oficina catastral para que ésta proceda a la formación de la ficha o cédula correspondiente a cada unidad", así como lo previsto en el artículo 50 ibídem, en nada inciden sobre la violación del artículo 42 ibídem que discuten los apelantes ni sobre la legalidad del acto acusado, por la sencilla razón de que éste es originario de la autoridad catastral y en él no se adoptó ninguna decisión tendiente a poner en conocimiento de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la cancelación de las cédulas catastrales que identificaban los inmuebles de los actores.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo, en el cual se insiste en el desconocimiento del artículo 3o. de la Resolución No. 660 de 1984 emanada del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, "por el cual se reglamenta la formación, actualización de la formación y conservación del catastro nacional", la Sala observa y considera lo siguiente:

1o.- Dispone la mencionada norma.

> "Artículo 3o.- Aspecto jurídico.- El aspecto jurídico consiste en indicar y anotar en los documentos catastrales la relación entre el sujeto activo del derecho, o sea el propietario o poseedor, o el objeto o bien inmueble, de acuerdo con los artículos 656 669, 673 y 762 del Código Civil, mediante la identificación ciudadana o tributaria del propietario o poseedor y de la escritura y registro o matrícula inmobiliaria del predio respectivo".

2o.- Como fundamento para revocar en todas sus partes la Resolución No. 774 de agosto 5 de 1986 originaria de la Sección de Conservación Catastral y disponer la cancelación de la inscripción catastral de los predios que figuraban a nombre de los actores e inscribir a la Sociedad Cementos del Caribe S.A., en la parte motiva del acto impugnado el Director Ad-hoc del Instituto Geográfico Agustín Codazzi-Seccional Atlántico, adujo lo siguiente:

"Siendo el catastro el inventario o censo debidamente actualizado y clasificado, de los bienes inmuebles pertenecientes al estado y a los particulares con el objeto de lograr su identificación, física, jurídica fiscal y económica mal podría mantener el catastro una inscripción a unos predios, que como se ha demostrado no existen físicamente, esto por cuanto su inscripción afectaría ese inventario o censo, ni se cumpliría con su objeto, es decir su correcta identificación física, jurídica y económica.-Se afirma que físicamente no existen por cuanto los predios que aparecen en el catastro con referencia 00-0-002-050, 00-0-002-143, 00-0-002-144 y 00-0-002-193 están involucrados en un solo lote al que hace referencia la escritura No. 973 del 8 de mayo de 1985 que contiene la protocolización de la sentencia dictada por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Barranquilla con fecha de diciembre 3 de 1976 y que contempla el juicio de pertenencia promovido por la Sociedad Cementos del Caribe S.A. registrada con matrícula No. 040-0035914 de septiembr 28 de 1977.

"Invoca también, en la resolución recurrida el jefe de Conservación, el artículo 134 parágrafo 2o. de la resolución No. 660 de 1984. Si se diere el caso de dos o más títulos registrados, se inscribirá en el catastro al poseedor del título con el registro más antiguo (casación abril 27/55, LXXX, página 97). Si no se pudiere establecer la antiguedad del registro se incribirá en el catastro al titular que tenga o demuestre la posesión material del predio...".

"Con base a la norma anteriormente descrita y teniendo en cuenta los documentos aportados y el informe presentado por el Doctor Rubén Reyes Olivo, Jefe de Formación Catastral en oficio No. 100 de febrero 21 de 1986 en el que afirma que los títulos e inscripciones de Cementos del Caribe S.A. son más claros y precisos, y que la citada sociedad mantiene la poseción (sic) material del predio... RESUELVE...

3o.- Mediante la resolución cuya revocatoria se dispuso por el acto acusado, el Jefe de Conservación del Instituto Geográfico Agustín Codazzi de la Seccional de Catastro del Atlántico negó la petición formulada por la Sociedad de Cementos del Caribe S.A., en el sentido de cancelar la inscripción catastral de los predios a que se hizo referencia en el ordinal anterior, previas las siguientes consideraciones:

"Que el señor FRANCISCO DE VIVO NUCCI, identificado con la cédula de ciudadanía número 7.479.967 expedida en Barranquilla, en calidad de segundo suplente del presidente de la Sociedad CEMENTOS DEL CARIBE S.A.,. solicitó la cancelación de la inscripción catastral de los predios números 00-0-002-143, 00-0-002-144 y 00-0-002-193 del Municipio de Barranquilla.

"Fundamentó su petición en los títulos 1244 del 28 de mayo de 1960 otorgada en la Notaría 3a. de Barranquilla registrada con el No. 040-003-5913 de mayo 28 de

1960 y la escritura No. 973 de 8 de mayo de 1985, de la Notaría 3a. de Barranquilla debidamente registrada, mediante la cual se protocoliza una sentencia dictada por el Juez Sexto del Circuito de Barranquilla.

"La posesión material de los terrenos la ejerce CEMENTOS DEL CARIBE S.A y las autoridades administrativas Municipales decidieron negativamente a los señores EDUARDO CRISSIEN SAMPER Y RUBÉN MAURY a su petición de desalojo contra CEMENTOS DEL CARIBE S.A.

"Los predios sobre los cuales versa la petición, están debidamente incorporados en el catastro del Municipio de Barranquilla con fundamento a los documentos escriturarios que los respaldan y con sus respectivos folios de matrículas que se encuentran vigentes así: Predio No. 00-0-002-050 Escritura No. 109 de febrero 3 de 1976 Notaría 1a. de Barranquilla con matrícula inmobiliaria No. 0040-00300823, predio 00-0-002-143 Escritura No. 1160 de 15 de junio de 1977 de la Notaría 3a. de Barranquilla, con matrícula inmobiliaria 040-003-0822, predio No. 00-0-002-144 Escritura No. 1160 de la Notaría 3a. de Barranquilla de junio 15 de 1977 con matrícula inmobiliaria No. 040-00029920, el predio No. 00-0-002-193 Escritura No.287 de 11 de febrero de 1985 de la Notaría 4a., de Barranquilla, matrícula inmobiliaria No. 040-0029-123.

"Los folios de matrículas inmobiliarias correspondientes a los predios en cuestión se encuentran vigentes y a cada folio de matrícula inmobiliaria corresponde una unidad catastral, consistiendo el elemento jurídico en el catastro, la indicación de los derechos reales constituidos sobre los inmuebles, su situación, afectación, según los datos de la matrícula en el registro art. 49, 79 Decretos 1250 de julio 27 de 1970.

"Se requieren en el catastro las cancelaciones de los folios de matrícula inmobiliaria pertinentes, para posteriormente con fundamento en ello hacer los cambios o mutaciones que sean del caso, procedimiento indicado en Art. 40 del Decreto 1250 de 1970.

"Como se presenta el caso de duplicidad de títulos registrados y la resolución No. 660 de marzo 30 de 1984 de la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en su artículo 134 párrafo 2o. prevee esta situación, inscribiendo al poseedor del título con el registro más antiguo".

4o.-En su demanda, los actores explicaron el concepto de violación del artículo 3o. de la aludida Resolución 660 de 1984 en los siguientes términos:

"De la anterior transcripción fluye diáfanamente la conclusión de que el registro catastral no es otra cosa que la actividad material consecuente de la actividad

jurídica precedente, es decir, del registro inmobiliario verificado ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

"En otros términos, que para que pueda ser cancelada la inscripción catastral verificada a nombre de determinada persona habría que destruir previamente su calidad de propietario o poseedor inscrito, tal como lo determina y se infiere forzosamente de la norma legal referida, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y que solamente puede hacerse mediante los procedimientos legales señalados para tal fin.

"En ninguna parte del acto administrativo que motiva la presente acción se afirma, así sea someramente, que la calidad de propietarios o poseedores inscritos de que gozan mis poderdantes hubiera desaparecido, ya por acción administrativa o judicial, y antes por el contrario sus respectivos registros inmobiliarios permanecen vigentes e inalterables.

"El cancelar el registro catastral, sin que previamente se hubiera procedido a cancelar su registro inmobiliario ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, constituye un acto arbitrario e injusto, capaz por sí solo de motivar la nulidad de la resolución impugnada".

5o.- Para denegar la prosperidad del indicado cargo, el tribunal a-quo consideró en la sentencia impugnada que el acto acusado se fundamenta jurídicamente en las sentencias de primera y segunda instancia, mediante las cuales se declaró a Cementos del Caribe S.A. propietaria absoluta del inmueble La Concepción por prescripción adquisitiva de dominio y ordenó su inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, y en el hecho que "... en la parte motiva, del acto denunciado se hace referencia a que el lote cuya inscripción se ordena a nombre de Cementos del Caribe S.A., está titularizado por escritura No. 973 de 8 de mayo de 1985.

6o.- Del análisis de la situación descrita, para la Sala no existe el menor asomo de duda acerca de que, contrariamente a lo señalado en la sentencia de primera instancia, el acto acusado incurre en franca violación del artículo 3o. de la resolución 660 de 1984, pues sí de conformidad con lo previsto por el artículo 3o. del decreto 1711 del mismo año, las mutaciones de la propiedad inmueble se cumplen mediante la inscripción de los títulos en la respectiva oficina de registro y de éstas tomarán notas las oficinas de catastro para efecto de las operaciones a ellas asignadas", ello conduce a predicar que siendo el objetivo de la conservación catastral el "mantener al día los documentos catastrales de conformidad con los cambios que experimente la propiedad raíz en sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico" (art. 12 decreto 3496 de 1982), las autoridades catastrales, en las operaciones o actuaciones que realicen con ese fin y en relación con dicho aspecto jurídico, deben limitar su actividad a plasmar en los documentos catastrales las mutaciones que experimente la propiedad inmueble de acuerdo con las informaciones que

les remitan las oficinas de Registro de Instrumentos Públicos y sólo hasta que tal hecho se produzca, sin que les esté permitido proceder autónomamente a ello según sus propias valoraciones, tal como se infiere en forma diáfana de la norma cuya violación se predica, y lo prescriben los terminantes mandatos del artículo 188 del decreto 1301 de 1940 al disponer que "no podrá hacerse por las Oficinas Seccionales (de catastro) ninguna modificación en los documentos catastrales, sino con base en los formularios remitidos por el Registrador, una vez que el instrumento que la motiva haya sido resgistrado ... (paréntesis fuera del texto).

Por consiguiente, para la Sala no es de recibo el argumento de la impugnante del recurso, en el sentido de que por ser el régimen normativo del Catastro "sustancialmente diferente al aplicado por el registro de Instrumentos Públicos, que no presupone necesariamente la subordinación de las Seccionales del Instituto Geográfico Agustín Codazzi respecto de las inscripciones catastrales al contenido de los respectivos folios de matrículas inmobiliarias", pues la evidencia destruye por sí sola dicha argumentación.

Por las anotadas circunstancias, en la parte dispositiva de este fallo se procederá a revocar la sentencia apelada, y en su lugar, a declarar la nulidad del acto acusado.

Así mismo, como consecuencia de dicha declaración y a título de restablecimiento del derecho se ordenará al Instituto Geográfico Agustín Codazzi-Seccional Atlántico reincorporar en el registro catastral los predios números 00-0-002-050; 00-0-002-143, 00-0-002-144 y 00-0-002-193, con matrículas inmobiliarias números 040-003-0823; 040-003-0822; 040-002-9920 y 040-002-9 213, respectivamente, cuyas inscripciones se dispuso cancelar en el acto acusado.

En lo que respecta a la solicitud de condenar a la parte demandada al pago de los perjuicios económicos sufridos por los actores como consecuencia de la expedición del acto acusado, la Sala observa y considera lo siguiente:

1o.- En el acápite de la demanda denominado "Cuantía" se señala lo siguiente:

> "La cancelación de las inscripciones catastrales de los inmuebles de propiedad de mis mandantes, de hecho produce el efecto de retirar dichos bienes del comercio, puesto que en tal situación le es imposible a mis representados obtener el paz y salvo catastral ni predial, documentos éstos que son legalmente necesarios para poder afectúar cualquier negociación sobre inmuebles.
>
> "Por consiguiente, con la expedición de la resolución demandada el Instituto demandado le ha ocasionado a mis poderdantes perjuicios económicos al tener que mantener improductivas sus propiedades inmuebles. Por tales razones estimo la cuantía de los perjuicios en una suma no inferior aDOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS ($2.500.000.oo)".

2o.- En el acápite "PRUEBAS" de la demanda se solicitó la práctica de un dictamen pericial por parte de peritos avaluadores, para que con base en el avalúo de los inmuebles cuyas cédulas catastrales se dispuso cancelar en el acto acusado "...dictamen sobre el valor de los perjuicios económicos sufridos por cada uno de ellos..."

3o.- Mediante providencia de 21 de septiembre de 1988 el tribunal a-quo decretó la práctica de dicha prueba, entre otras, y en el correspondiente dictamen pericial se consigna lo siguiente:

"El precio de estas tierras debido a su localización, dentro del perímetro urbano, su extensión y vecindario, es apreciablemente alto, como las posibilidades de desarrollo urbanístico, teniendo en cuenta los adelantos logrados últimamente en dicho campo y considerando un futuro a mediano plazo.

"La calidad de las mismas, la inexistencia interna total de servicios, lo quebrado y la cantidad de declives, así como el obligado tránsito pluvial dentro de las mismas desmejoran su precio, ya que para hacerlas civilizadas para cualquier uso, se requiere de una considerable inversión.

"De acuerdo a las anteriores consideraciones, concluimos, que el valor actual de estas tierras es el de $5.000.000.oo cinco millones de pesos por cada hectárea y como la cantidad afectada por la resolución del Instituto Geográfico Agustín Codazzi es de 17 hectáreas, el precio actual de estas es el de $85.000.000.oo OCHENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS.

"LUCRO CESANTE" a establecer en el presente caso es de diversa índole y valor, ya que dichas tierras en la actualidad se encuentran inexplotadas aparentemente, pero su valor es real, por lo cual pueden ser comprometidas como aval de cualquier operación crediticia que estimare necesaria su o sus propietarios y no podemos descartar el que a través (sic) de dicha propiedad en ella o en cualquier otro lugar se hayan respaldado o se estén respaldando proyectos económicos de cierta envergadura.

"Teniendo en cuenta el avalúo de $85.000.000.oo por lo regular la banca recibe en garantía hasta el 70% una propiedad raíz con intereses al 3% mensual. En el presente caso el 70% es $59.500.000.oo que costaría al inversionista intereses corrientes bancarios del 3% mensual o sea $1.785.000.oo lo cual obliga al propietario a generar sobre la suma recibida por el banco no menos del 7% mensual lo que equivaldría a $4.165.000.oo con lo cual cumpliría la obligación crediticia, pagaría costos de infraestructura y desarrollaría una labor social de trabajo en cualquier empresa que estime desarrollar con una utilidad de $2.380.000.oo mensuales por lo cual estimamos que el lucro cesante que causa al demandante es el de $2.380.000.oo mensuales desde la fecha en que se expidió la resolución motiva de este expediente, más los gastos que exige el proceso".

4o.- De la simple lectura de la transcripción que antecede, para la Sala es evidente que no hay lugar a la condena de perjuicios solicitada en la demanda, toda vez que la valoración de los perjuicios realizada por los peritos en su dictamen se edifica sobre simples hipótesis, conjeturas o suposiciones carentes de todo respaldo probatorio, que resultan inadmisibles para condenar económicamente a la entidad demandada, pues la procedencia de dicha condena estaba supeditada a la plena demostración de que el daño que alegan haber sufrido los actores ocurrió efectivamente, vale decir, que la imposibilidad de obtener el paz y salvo catastral de los inmuebles cuyas inscripciones se dispuso cancelar por el acto acusado los privó de realizar las hipotéticas transacciones comerciales a que alude dicho dictamen pericial, lo cual, como ya se advirtió, no aparece acreditado en el proceso y cuya carga probatoria correspondía a los actores en virtud del principio onus probandi incumbit actori. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado sentado que "...el daño indemnizable es el cierto y debe ser una consecuencia directa del hecho que lo origina y si bien su reparación debe comprenderlo en sus conceptos de daño emergente y lucro cesante, su cuantificación debe hacerse a partir de datos incontrovertibles acerca de la efectiva pérdida sufrida..." (Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia de octubre 19 de 1990. Consejero Ponente Doctor Gustavo de Greiff Restrepo. Actor: Textiles Mortel Ltda y Cía. S.C.A., expediente 4333. Extractos de Jurisprudencia, octubre, noviembre y diciembre 1990. Segunda parte. Págs 104 a 105).

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:

REVÓCASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 16 de marzo de 1994. En su lugar se dispone lo siguiente:

1o.- DECLÁRASE la nulidad de la resolución No. 08-001 116 87 de 18 de marzo de 1987 expedida por el Director Ad-hoc del Instituto Geográfico Agustín Codazzi Seccional Atlántico.

2o.- Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, ordénase al Instituto Agustín Codazzi Seccional Atlántico, reincorporar en el registro catastral los predios números 00-0-002-050; 00-0-002-143; 00-0-002-144 y 00-0-002-193, con matrículas inmobiliarias números 040-003-0823; 040-003-0822; 040-002-9920 y 040-002-9213, respectivamente, cuyas inscripciones se dispuso cancelar por el acto declarado nulo.

3o.- DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

4o.- En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

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

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO
Ausente

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA
Conjuez

ESTATUTO BÁSICO DE LOS PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS/ PARTIDO POLÍTICO/MOVIMIENTO POLÍTICO/PERSONERÍA JURÍDICA- Requisitos

El primer cargo de violación se fundamenta en que con la exigencia de que los firmantes de la solicitud de reconocimiento de personeria jurídica de un partido o movimiento manifiesten que conocen y aceptan sus estatutos, se está violando el principio de la libertad política y del pluralismo ideológico, conculcando los principios universales de igualdad, de convivencia ciudadana y de libertad de pensamiento que prescriben las normas que se consideran violadas. En armonía con el anterior precepto, el artículo 7o. de la misma Ley señala que la organización y funcionamiento de los partidos y movimiento se regirá por lo establecido en sus propios estatutos. Si con la firma se pretende probar la existencia de un movimiento o partido y respaldar la solicitud de personeria jurídica, no queda duda que teniendo que contar necesariamente dicho movimiento o partido con una plataforma política, el respaldo lleva implícita la afirmación de que se forma parte del movimiento o partido en cuestión, y que, por ende se está de acuerdo con los principios que lo orientan, así como con la organización y funcionamiento previstos en los estatutos. Finalmente frente al tercer cargo, esto es, la violación del art. 84 de la Carta Política, advierte la Sala que ciertamente el artículo 1o. desconoce tal precepto constitucinal, y por ello habrá de declararse su nulidad, dado que las exigencias en él establecidas no se deducen ni implícita ni explícitamente del texto legal reglamentado art. 3o. de la Ley 130 de 1994, el cual señala expresamente los requisitos que deben acreditarse por los partidos y movimientos políticos para el reconocimiento

de personería jurídica al momento de formularse la solicitud, sin que puedan existir además otros requisitos con anterioridad a la misma.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3112. Actor: Édgar Piñeros Rubio.

El ciudadano y abogado y abogado EDGAR PIÑEROS RUBIO, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o., 2o. y 4o. de la Resolución No. 134 del 18 de abril de 1994 "Por la cual se reglamenta el procedimiento para otorgar personería jurídica a los partidos y movimientos políticos", expedida por el Consejo Nacional Electoral.

I.- EL ACTO ACUSADO

Es la Resolución No. 134 de 18 de abril de 1994, en sus artículos 1o. 2o. y 4o. y cuyo texto es el siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO.- RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA CUANDO SE PRESENTEN 50.000 FIRMAS: Cuando un partido o movimiento político desee obtener el reconocimiento de su personeria jurídica mediante la presentación de cincuenta mil (50.000) o más firmas, deberá comunicarle al Consejero Nacional Electoral, previamente, la fecha en la que iniciará la recolección de las mismas, el tiempo que demandará su consecución y los sitios y lugares donde se recogerán o el método utilizado para tal fin...".

"ARTÍCULO SEGUNDO.- RESPALDO Y APOYO A UN MOVIMIENTO O PARTIDO POLÍTICO QUE BUSCA OBTENER PERSONERÍA JURÍDICA: Para expresar el apoyo de un partido o movimiento político que busca obtener personeria jurídica, el ciudadano deberá, al firmar, escribir en el formulario correspondiente, de su puño y letra, la fecha en que firma, su nombre completo, el número de su documento de identificación, el lugar y la dirección de su residencia, su profeción o actividad. Si la persona no supiera escribir imprimirá su huella dactilar a continuación del que firma a su ruego..."

"ARTÍCULO CUARTO. FORMULARIO PARA SOLICITAR RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA CON EL RESPALDO DE CINCUENTA MIL FIRMAS. Los formularios para solicitar reconocimiento de personería jurídica, con el respaldo de cincuenta mil (50.000) o más firmas, deberán contener una leyenda en la parte superior que exprese que los ciudadanos firmantes conocen y aceptan los estatutos y la orientación ideológica del movimiento o partido político cuya personería jurídica se pretende obtener. Los formularios serán elaborados

por la Registraduría Nacional del Estado Civil de conformidad con las instrucciónes que le imparta el Consejo Nacional Electoral, serán numerados en orden ascedente y se entregarán gratuitamente".

II.- CAUSA PETENDI

En apoyo de sus pretensiones adujo el actor la violación de las siguientes normas:

De orden constitucional: artículo 5, 29, 38, 40 ordinal 3o., 84, 108 inciso 1o., 121, 122, 209 y 228.

De orden legal: Ley 16 de 1972; artículo 1o. de la Ley 58 de 1985; artículo 1o. y 3o. de la Ley 130 de 1994; artículo 3o. del Decreto Ley No. 01 de 1984; y artículos 4o. y 178 de los Decretos Nos. 1400 y 2019 de 1970 (Código de Procedimiento Civil).

Para sustentar la violación adujo los siguientes cargos:

PRIMER CARGO:

Las normas acusadas quebrantan el ejercicio constitucional de la actividad partidaria, por cuanto el artículo 38 garantiza el derecho de libre asociación, y como forma especial de éste, la constitución y desarrollo de partidos políticos, así como la difusión de sus ideas y programas (Artículos 40 ordinal 3o. y 107 de la Carta), los cuales tienen el sello de derechos fundamentales.

El Estado Colombiano reconoce personería jurídica a los partidos y movimientos que se organicen para participar en la vida democrática del país (artículo 108 de la Carta Política), siempre y cuando se sujeten al régimen constitucional.

La Ley 58 de 1985 asumió con responsabilidad gubernamental el reconocimiento y la garantía para que los ciudadanos puedan organizarse en partidos políticos, y el artículo 1o. de la Ley 130 de 1994 que regula la materia, agrega que esta libertad comprende necesariamente la de organizarse y la de desarrollarlos, lo cual es apenas obvio, pues por su propia naturaleza el partido político busca difundir su pensamiento, ganar la opinión de la comunidad, influir en la organización y constitución de la Nación y lograr la dirección de los destinos de la sociedad.

Los anteriores postulados fueron recogidos por el "Pacto de San José de Costa Rica", ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972, el cual consagró el derecho a organizarse con fines políticos, ideológicos y económicos sin más restricciones que aquellas que reclaman la seguridad nacional, el orden público o las libertades de los demás.

Para materializar el derecho a la personalidad jurídica del partido o movimiento, el canon constitucional contemplado en el artículo 108 exige que se compruebe su existencia con un número determinado de firmas, lo cual es desarrollado con toda precisión por el

numeral 3o. del artículo 3o. de la Ley 130 de 1994, cuando señala que además de la petición de los directivos, de acreditar los estatutos, la plataforma política y su programa, el partido político debe probar su existencia con no menos de cincuenta mil firmas.

La finalidad de este requisito es que lass autoridades electorales adquieran la certeza de que la agrupación interesada tenga entidad material como organización de personas, fundamentos filosóficos y una actividad socialmente reconocida, pero las normas acusadas entran en franca rebeldía contra los preceptos superiores enunciados, por las siguientes razones:

a): La leyenda que exige el artículo 4o. de la Resolución No. 134 para que los ciudadanos puedan adherir a la solicitud de la personería jurídica del partido es: "... Los firmantes conocen y aceptan los estatutos y la orientación ideológica del partido o movimiento...".

La aceptación de los estatutos partidarios como condición para adquirir personería legal está reservada al Consejo Nacional Electoral y no a los particulares, tal como lo señala el numeral 8o. del artículo 265 de la Carta, lo cual se explica porque la aprobación de aquéllos significa que no contrarían la Constitución ni las leyes, cuestión sobre la cual los particulares no pueden decidir en derecho.

b): La norma impugnada implícitamente dice que sólo pueden adherir a la petición de reconocimiento de la personería jurídica quienes acepten sin reservas los estatutos y la orientación ideológica del partido, violándose el principio de la libertad política y del pluralismo ideológico al restringir las personas que pueden suscribir la solicitud, conculcando los principios universales de igualdad, de convivencia ciudadana y de libertad de pensamiento que prescriben las normas que se consideran vulneradas.

c): Las reglas constitucionales y legales exigen que se acredite la existencia del partido con cincuenta mil firmas o un número igual de votantes y no que se acredite que tiene cincuenta mil militantes.

Del análisis de los artículos 1o. y 2o. del acto acusado puede deducirse lo mismo, pues, de conformidad con éstos, demostrar la existencia de una colectividad política se hace tortuoso, al exigir que se precise anticipadamente el de tiempo dentro del cual se recolectarán las firmas, los lugares destinados para tal fin y el método utilizado

SEGUNDO CARGO:

El reglamento contenido en la Resolución No. 134 de 1994 viola principios constitucionales y legales del debido proceso.

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el debido proceso, cuestión sobre la cual avanza el artículo 4o. del C. de P. C. al enseñar que es norma de interpretación de la ley procesal hacer efectivos los derechos reconocidos por la ley sustancial.

Otro fundamento que guía el debido proceso, es la observancia de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, expresados en el artículo 209 de la Carta y los cuales recoge el artículo 3o. del Decreto Ley No. 01 de 1984 para regular las actuaciones administrativas.

Así mismo, el artículo 178 del C. de P. C. ordena rechazar por improcredentes las pruebas que no sean eficaces o versen sobre hechos manifiestamente superfluos.

La aplicación de los principios de economía, celeridad y eficacia aseguran el desarrollo ágil y expedito del proceso, suprimiendo los trámites innecesarios, dando prevalencia al problema de fondo por encima de cuestiones irrevelantes, lo cual se compendia en el artículo 228 de la Constitución Política, que proclama que en las actuaciones administrativas el derecho sustancial prevalecerá sobre los formalismos.

Las normas acusadas violan el debido proceso al crear trámites que no prevén las normas superiores para conceder personería jurídica a los partidos políticos (compeler a los ciudadanos a que expresen que conocen y aceptan los estatutos y la orientación ideológica de la colectividad), así como también desconocen los preceptos que en materia de pruebas legales regulan su pertinencia e importancia, pues acreditar la dirección y lugar de residencia del signatario, su profesión y oficio, la fecha en que se rubricó y las fechas y lugares donde se recogerán las firmas y el método utilizado, son requisitos superfluos e inconducentes que no atienden al fin principal que es acreditar la existencia de un partido.

TERCER GRADO:

Violación del artículo 84 de la Carta, el cual señala que cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

La materia estudiada tiene su trámite en el inciso 1o. del artículo 108 de la Carta, complementado por el artículo 3o. de la Ley 130 de 1994, el cual indica los requisitos atendibles para el reconocimimento de la personería jurídica: 1o): Solicitud presentada por sus directivos; 2o): Copia de los Estatutos; 3o): Probar su existencia con no menos de cincuenta mil firmas; y 4o): Acreditar la plataforma política y programa de gobierno.

Para esta finalidad el Consejo Nacional Electoral puede realizar todas las acciones tendientes a comprobar el número de firmas, su autenticidad, la corresponcencia entre el nombre y el número de cédula, y cualquiera otra encaminada y establecer irregularidades, tal como lo contemplan otras normas de la Resolución demandada.

Por su parte, el artículo 121 *ibídem* predica que ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley; y el artículo 122 determina que todo empleo público tendrá funciones detalladas en la ley o el reglamento, de donde se deduce que el Consejo Nacional Electoral estaba obligado a sujetarse al canon constitucional (artículo 108) y al canon legal (artículo 3o. de la Ley 130 de 1994), sin poder desbordarlos.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.

III.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Consejo Nacional Electoral, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguiente:

La participación democrática y los partidos políticos, entendidos éstos como las agrupaciones permanentes de personas que con un programa de acción pretenden regir los destinos de la sociedad, tienen rango constitucional.

La Constitución Política otorgó al Consejo Nacional Electoral la facultad de reconocer personería jurídica a los partidos y movimientos políticos, conciente de la necesidad de fortalecer dichas agrupaciones sin importar su ideología o fundamentos filosóficos y con el convecimiento de que el pluralismo ideológico fortalece la democracia.

El Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de la suprema inspección y vigilancia que como atribución especial le confirió el artículo 265 de la Carta, reglamentó mediante la Resolución No. 134 de 1994 el procedimiento para otorgar personería jurídica a los partidos o movimientos, desarrollando el artículo 108 *ibídem* y el artículo 3o. de la Ley 130 de 1994.

En la Resolución demandada se exigió que las 50.000 firmas de que hablan tanto la Constitución como la Ley correspondieran a igual número de adherentes al partido político sin que ello implique que éstos no puedan desafiliarse del mismo cuando lo estimen conveniente, pues lo contrario sí sería violación flagrante tanto del derecho de libre asociación como del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

La finalidad de este requisito es la de que las autoridades electorales adquieran la certeza de que la agrupación interesada en el reconocimiento de su personería jurídica tenga entidad material como organización permanente de personas, y no como movimientos coyunturales que se reúnen temporalmente.

La ciencia política exige que los partidos tengan una plataforma política o programa de gobierno, razón por el cual el artículo 3o. del Estatuto Básico de los Partidos los exige como rrequisito legal para la obtención del reconocimiento jurídico.

En cuanto a la violación al debido proceso y a los principios de celeridad, economía, eficacia, etc., se tiene que estos últimos fueron tenidos en cuenta al momento de expedir la Resolucíon acusada, luego no se observa la violación del artículo 84 de la Carta, pues dichos principios fundamentan la función administrativa y esto no conduce a afirmar que la exigencia de requisitos haya sido proscrita.

Finalmente, la competencia del Consejo Nacional Electoral para regular en materia electoral no ha sido puesta en duda en ningún momento, lo que afirma aún más las tesis de inexistencia de violación de normas superiores por parte de la Resolución acusada.

III.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

La parte actora y la parte demandada no hicieron uso del derecho de alegar de conclusión

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado señala que los artículos 108 y 265 de la Constitución Política atribuyen al Consejo Nacional Electoral la competencia para reconocer personería jurídica a los partidos, cuando comprueben su existencia con no menos de 50.000 firmas. A su turno, el artículo 3o. de la Ley 130 de 1994 exige igualmente la presentación de las cincuenta mil firmas, así como también la presentación de documentos que contengan la plataforma política del partido o movimiento que la solicitó, expresando su filosofía, principios, programas y aspiraciones que lo identifiquen.

Por su parte, el artículo 7o. *ibídem* consagra la obligatoriedad de los estatutos, estableciendo que la organización y funcionamiento de los movimientos y partidos políticos se regirá por lo señalado en sus propios estatutos.

En consecuencia, no son transgredidas las normas señaladas por el actor, pues no es válido su argumento en cuanto a que cualquier persona puede coadyuvar las solicitud de reconocimiento del partido, aunque no comulgue con sus principios y estatutos, pues escapa a toda lógica que personas que no se identifiquen con la orientación ideológica del movimiento o partido o no acepten sus estatutos, pretendan a la vez que se le reconozca su existencia.

Tampoco existe violación al artículo 29 de la Carta Politica con la exigencia de que además de la firma el ciudadano debe anotar de su puño y letra la fecha en que firma, su nombre, su documento de identificación, el lugar y la dirección de su residencia, su profesión o actividad, ya que si bien es cierto que el debido proceso se extiende a todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas, también lo es que tal como lo ha dicho la Corte Constitucional, éste se refiere a aquellas actuaciones "....en que estén presentes disciplinas sancionatorias que involucren o afecten intereses esenciales de las personas, tales como su libertad o patrimonio" (sentencia de enero 29 de 1993, T. 022) que son aquéllas donde se puede presentar la falta de competencia del funcionario que conozca de la actuación, el derecho de defensa, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho de presentar las pruebas que se consideren necesarias y el de controvertir las presentadas, situación que no se da en este caso, pues es un simple tramite administrativo.

Además, los requisitos exigidos tienden a la identificación completa de quien está respaldando la existencia de un partido o movimiento, lo cual le da credibilidad y seriedad a la solicitud.

En cuanto al artículo 1o. de la Resolución acusada, se tiene que efectivamente desconoce el artículo 84 de la Constitución Política, pues el artículo 3o. de la Ley 130 de 1994 no exige requisitos que deban llenarse previamente a la solicitud, razón por la cual no puede el Consejo Nacional Electoral establecer que se le comunique antes de su presentación, la fecha en la que se iniciará la recolección de firmas, el tiempo que ello demandará, los sitios o lugares donde se recogerán y el método utilizado para tal fin, por lo cual es procedente que se declare la nulidad de dicha norma.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

El primer cargo de violación se fundamenta en que con la exigencia de que los firmantes de la solicitud de reconocimiento de personería jurídica de un partido o movimiento manifiesten que conocen y aceptan sus estatutos, se está violando el principio de la libertad política y del pluralismo ideológico, conculcando los principios universales de igualdad, de convivencia ciudadana y de libertad de pensamiento que prescriben las normas que se consideran violadas.

Sobre el particular, la Sala estima que no le asiste razón al demandante, toda vez que precisamente el artículo 3o. de la Ley 130 de 1994 "Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y las de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones", que se considera como violado, lleva implícita la exigencia de comulgar con la filosofía del partido o movimiento, así como de aceptar sus estatutos.

En efecto, dicha norma prescribe:

> "Reconocimiento de personería jurídica.- El Consejo Nacional Electoral reconocerá y otorgará personería jurídica a los partidos y movimientos políticos, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> 1. Solicitud presentada por sus directivas;
>
> 2. Copia de los estatutos;
>
> 3. Probar su existencia con no menos de 50.000 firmas o con la obtención en la elección anterior, de por lo menos la misma cantidad de votos o representación en el Congreso de la República, y
>
> 4. **Presentar un documento que contenga la plataforma política del partido o movimiento, expresando su filosofía y principios, así como los programas y aspiraciones que lo identifiquen...**" (negrillas fuera del texto).

En armonía con el anterior precepto, el artículo 7o. de la misma Ley señala que la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos se regirá por lo establecido en sus propios estatutos.

Si con la firma se pretende probar la existencia de un movimiento o partido y respaldar la solicitud de personería jurídica, no queda duda que teniendo que contar necesariamente dicho movimiento o partido con una plataforma política, el respaldo lleva implícita la afirmación de que se forma parte del movimiento o partido en cuestión, y que, por ende, se está de acuerdo con los principios que lo orientan, así como con la organización y funcionamiento previstos en los estatutos.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

El segundo cargo lo hace consistir el actor en la violación al debido proceso, pues los artículos 1o. y 2o. de la Resolución demandada al establecer requisitos inconducentes y superfluos como el tiempo dentro el cual se recolectarán las firmas, los lugares seleccionados para tal fin y el método utilizado, así como el señalamiento de la fecha que se firma, lugar y dirección de la residencia del firmante y su profesión y actividad, desconocen los principios de economía, celeridad y eficacia y la prevalencia del derecho sustancial.

El anterior cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que la exigencia de dichos requisitos no implica que se esté adelantando una actuación administrativa de la cual pueda predicarse la inobservancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, o la falta de competencia del funcionario que está adelantando la actuación, o que se está desconociendo la presunción de inocencia o se le está negando al implicado la oportunidad de defenderse o controvertir pruebas, pues éstos conceptos están inmersos en las actuaciones administrativas o judiciales que conlleven la aplicación de una sanción, lo cual no se presenta en el caso en estudio.

De igual manera, tampoco puede decirse que la exigencia de requisitos esté proscrita por estar consagrados constitucionalmente los principios que rigen la función administrativa (eficacia, economía, celeridad, etc.), así como tampoco que ellos impliquen el desconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial.

Finalmente, frente al tercer cargo, esto es, la violación del artículo 84 de la Carta Política, advierte la Sala que ciertamente el artículo 1o. desconoce tal precepto constitucional, y por ello habrá de declararse su nulidad, dado que las exigencias en él establecidas no se deducen ni implícita ni explícitamente del texto legal reglamentado artículo 3o. de la Ley 130 de 1994, el cual señala expresamente los requisitos que deben acreditarse por los partidos y movimientos políticos para el reconocimiento de personería jurídica al momento de formularse la solicitud, sin que puedan existir además otros requisitos con anterioridad a la misma.

No cabe predicar lo mismo frente al artículo 2o. ya que la firma que se exige constitucional y legalmente para respaldar a un movimimento o partido político

corresponde necesariamente a la de una persona, cuyos atributos inherentes a su personalidad son los relativos al nombre, identificación, domicilio, residencia y actividad a la que se dedica.

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

FALLA:

1o): DECLÁRASE la nulidad del artículo 1o. de la Resolución No. 134 de 18 de 1994, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

2o. DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

FALTANTES DE MERCANCÍA/MULTA-Improcedencia/**DECOMISO-**Concepto/ **MANIFIESTO DE CARGA**

La empresa transportadora debe responder por la presentación en debida forma de la información contenida en el manifiesto de carga y que toda mercancía que constituya la carga debe estar relacionada con dicho manifiesto. Si se cumple con lo anterior, esto es, si no se presenta manifiesto de carga o se halla mercancía no relacionada en él (exceso), la sanción que se impone es el decomiso, previa aprehensión de la mercancía. Precisado lo anterior advierte la Sala que el inciso 3o. del art. 4o. del decreto 1105 de 1992 además de sancionar con el decomiso, que, como ya se dijo, afecta a la persona que tiene un derecho sobre la mercancía, sanciona con multa al transportador. Pero cuando dicha norma habla de "diferencias en el número de bultos o de la mercancía", como hecho imputable a éste, no puede entenderse referida a una conducta distinta de que es objeto de docomiso, es decir, al exceso, o la falta de manifiesto de carga, ya que la multa a imponer está supeditada al 100 del valor determinado para la mercancía "aprehendida", y resulta claro que en tratándose de faltante o de defecto de aprehensión para efectos del decomiso es físicamente imposible, dado que lo que no existiere o falta no se puede aprehender.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., siete (7) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3232. Recurso de apelación contra la sentencia de 29 de noviembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Actora: SOCIEDAD GRAN MARÍTIMA LTDA. "GRANMAR".

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia de 29 de noviembre de 1994, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

I-. ANTECEDENTES

I.1.- La sociedad GRAN MARÍTIMA LTDA. "GRANMAR", a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a obtener que mediante sentencia se declare: a): La nulidad de las Resoluciones Nos. 0508 de 28 de mayo de 1993, expedida por el Jefe Regional de la Aduana de Buenaventura, y 0246 de 3 de septiembre de 1993, expedida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $393.676,oo por faltante de mercancías y a favor del Fisco Nacional; 0333 de 5 de mayo de 1993, expedida por el Jefe de la División de Fiscalización de la Aduana de Buenaventura y 0082 de 9 de julio de 1993, expedida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $3.283.623.oo por faltante de mercancías y a favor del Fisco Nacional; 0326 de 29 de abril de 1993, expedida por el Jefe de la División de Fiscalización de la Aduana de Buenaventura, y 0167 de 11 de agosto de 1993, expedida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $596.540.oo por faltante de mercancías y a favor del Fisco Nacional; y b): Consecuencialmente, que se restablezcan sus derechos ordenando la devolución de los dineros pagados por las multas impuestas en las precitadas Resoluciones.

1.2.- En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

La demandada no tuvo en cuenta las disposiciones contenidas en el Decreto No. 1105 de 1992, que modificó parcialmente el Régimen de Aduanas y consagró las sanciones relativas al manifiesto de carga y el procedimiento para su aplicación.

En razón de que los fundamentos de las multas impuestas se toman de la causal FALTANTES, se están violando disposiciones claras en este aspecto. Es así como el inciso 2o. del artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992 hace referencia a las mercancías que constituyen la carga y que se encuentren a bordo de un medio de transporte que ingresa a territorio colombiano y es claro que una mercancía FALTANTE no puede constituir la carga, ni encontrarse en un medio de transporte que ingrese a territorio nacional.

Los artículos 4o. y 5o. del citado Decreto buscan establecer y sancionar la introducción de contrabando a través de los medios de transporte y la multa es factible precisamente cuando se detecten efectivas operaciones de contrabando.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

lo): Las multas impuestas en los actos administrativos acusados tuvieron su apoyo jurídico en los faltantes de mercancías con relación a lo indicado en el manifiesto o sobordo, faltantes a los cuales hacen referencia los pliegos de cargos formulados y que no fueron desvirtuados en la vía gubernativa.

Por el contrario, la demandante atribuye la responsabilidad a la inseguridad de las bodegas, sin allegar prueba alguna, y en el libelo demandatorio manifiesta que las mercancías echadas de menos no hacen parte de la carga y que por tal motivo los artículos 4o. y 5o. del Decreto No. 1105 de 1992 no son aplicables.

Frente al sobordo se constataron faltantes y es imposible afirmar que dichos faltantes no constituyen carga.

Le corresponde a la transportadora responder por las diferencias en el número de bultos o en el peso de las mercancías, cuando ese hecho le es imputable y no se dan explicaciones satisfactorias. Así lo dispone el Decreto No. 1105 de 1992.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia de la sociedad recurrente con el fallo apelado pueden resumirse así:

Mediante las Resoluciones acusadas se impusieron multas a la sociedad demandante por la causal FALTANTE DE MERCANCÍAS en relación con lo indicado en el manifiesto o sobordo y con base en la aplicación del artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992.

Dicho Decreto regula, entre otras situaciones, el caso de mercancías que constituyan la carga, que se encuentren a bordo de un medio de transporte que ingrese al territorio colombiano. No habla de mercancías faltantes. El faltante no puede constituir carga y por lo tanto no puede aplicarse analógicamente esta norma, puesto que ésta cuando menciona el hecho de presentarse diferencias en el número de bultos o en el peso de las mercancías se está refiriendo a excesos de carga, a mercancías que constituyan carga y que se encuentren a bordo del medio de transporte, para cuyo caso prevé la imposición de multas y el decomiso de dichas mercancías, ya que se está en presencia de una operación de contrabando, que es lo que pretende castigar la ley.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Las Resoluciones acusadas impusieron sanciones de multa a la actora por faltantes de mercancías, con fundamento en la causal prevista en el artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992.

El punto central de la controversia gira en torno de establecer si el citado artículo 4o. consagra la sanción de multa por faltante ya que, a juicio de la sociedad recurrente, lo que la norma regula es el exceso, que constituye una operación de contrabando, que es lo que se pretende castigar.

Para un mejor análisis del artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992 es preciso tener en cuenta las normas que le antecedieron, como son: el parágrafo 1o. del artículo 43 del Decreto No. 2666 de 1984, el artículo 13 del Decreto No. 0755 de 1990 y el artículo 6o. del Decreto No. 1622 de 1990, los cuales disponen:

Parágrafo 1o. del artículo 43 del Decreto No. 2666 de 1984:

"La falta de entrega de la mercancía relacionada en el manifieeto de carga o la entrega de la que no esté relacionada, dará lugar a la imposición de multas por el doble de los derechos de importación correspondientes a las dejadas de entregar o entregadas en exceso, multas que impondrá el administrador al transportista o a su representante legal mediante resolución motivada, dentro de los cuatro (4) meses siguientes contados a partir de la llegada del medio de transporte, sin perjuicio de las demás consecuencias aduaneras que puedan derivarse".

Artículo 13 del Decreto No. 0755 de 1990:

"El artículo 43 del Decreto 2666 de 1984, quedará así:

"Parágrafo 1o. Los excesos de mercancía en relación con lo señalado en el manifiesto o sobordo, darán lugar a la imposición de una multa por el valor de cien (100) gramos oro por cada tonelada o fracción de exceso.

Los defectos que se constaten con relación a lo señalado en el manifiesto o sobordo, darán lugar a la imposición de una multa por el valor de quinientos (500) gramos oro por cada tonelada o fracción de defecto.

El Administrador de Aduana impondrá estas multas al transportista o su representante, cuando transcurridos dos (2) meses desde la fecha de llegada del medio de transporte no hayan justificado el hecho o no hayan demostrado la llegada de la mercancía en otro embarque.

La aplicación de estas multas se hará sin perjuicio de las demás consecuencias administrativas o penales que pudieren derivarse de estos hechos".

Artículo 6o. del Decreto No. 1622 de 1990:

"Los incisos 1 y 2 del parágrafo 1o. del artículo 43 del Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo 13 del Decreto 755 de 1990, quedarán así:

Los excesos de mercancías en relación con lo señalado en el manifiesto o sobordo, darán lugar a la imposición de una multa por el valor de cien (100) gramos oro por cada tonelada de exceso y proporcionalmente por fracción.

Los defectos que se constaten con relación a lo señalado en el manifiesto o sobordo, darán lugar a la imposición de una multa por el valor de doscientos (200) gramos oro por cada tonelada de defecto y proporcionalmente por fracción".

El artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992, es del siguiente tenor:

"Sanciones relativas al Manifiesto de Carga. La empresa transportadora responderá por la presentación en debida forma de la información contenida en el Manifiesto de Carga y demás documentos anexos suministrados a la Dirección General de Aduanas.

Las mercancías que constituyan la carga, incluyendo las mercancías a granel, a bordo de un medio de transporte que ingrese a territorio colombiano, deberán estar relacionadas en el Manifiesto de Carga, salvo que estén amparadas con documentos de destino a otros puertos.

Cuando la empresa transportadora no presente Manifiesto de Carga o se hallare mercancía no relacionada en él, la mercancía se aprehenderá de inmediato para proceder a declarar su decomiso.

Sin perjuicio de lo señalado en el inciso anterior, cuando se presenten diferencias en el número de bultos o en el peso de la mercancía, y este hecho fuere imputable a la transportadora y no existiere una explicación satisfactoria, se impondrá a la empresa transportadora una multa equivalente al ciento por ciento (100%) del valor determinado por la Aduana para la mercancía aprehendida.

Cuando se presente el Manifiesto de Carga sin los requisitos básicos contemplados en el reglamento, la multa a la empresa transportadora será hasta de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales".

Cabe señalar que el artículo 10o. de este Decreto derogóexpresamente el parágrafo 1o. del artículo 43 del Decreto No. 2666 de 1984.

Del texto de las normas transcritas infiere la Sala que antes de la expedición del Decreto No. 1105 de 1992 se consagró laresponsabilidad de la empresa transportadora o del transportista por el exceso o el defecto de la mercancía en relación con los datos contenidos en el manifiesto de carga, y el valor de la multa a imponer estaba referido al valor delos derechos de importación correspondientes al del valor dela mercancía dejada de entregar (defecto) o al del valor de la mercancía entregada en exceso o a un valor estimado en gramos oro por cada tonelada o fracción de exceso o defecto.

En la regulación que consagra el artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992 ya no se emplean las expresiones exceso o defecto.

De su contenido se deduce que la empresa transportadora debe responder por la presentación en debida forma de la información contenida en el manifiesto de carga y que toda mercancía que constituya la carga debe estar relacionada en dicho manifiesto.

Si no se cumple con lo anterior, esto es, si no se presenta manifiesto de carga o se halla mercancía no relacionada en él (exceso), la sanción que se impone es el decomiso, previa aprehensión de la mercancía.

Teniendo en cuenta que el decomiso, conforme al artículo 51 del Decreto No. 0755 de 1990, que modificó el artículo 314 del Decreto No. 2666 de 1984, es el acto en virtud del cual el Administrador de la Aduana declara de propiedad de la Nación las mercancías que se encuentren ocultas en los medios de transporte en una zona primaria aduanera, o que dentro de los mismos recintos no fueren presentadas o entregadas a la autoridad aduanera en la forma que exijan las disposiciones legales y reglamentarias, forzoso es concluir que dicha sanción afecta a quien tenga un derecho sobre la mercancía y nó directamente al transportista y que la misma sólo puede recaer en mercancías que se pueden aprehender, es decir, en "la totalidad de mercancías no amparadas por manifiesto de carga o no relacionadas en él, como es el caso del exceso.

Precisado lo anterior advierte la Sala que el inciso 3o. del artículo 4o. del Decreto No. 1105 de 1992 además de sancionar con el decomiso, que, como ya se dijo, afecta a la persona que tiene un derecho sobre la mercancía, sanciona con multa al transportador. Pero cuando dicha norma habla de "diferencias en el número de bultos o de la mercancía", como hecho imputable a éste, no puede entenderse referida a una conducta distinta de la que es objeto de decomiso, es decir, al exceso, o a la falta de manifiesto de carga, ya que la multa a imponer está supeditada al 100% del valor determinado para la mercancía "aprehendida", y resulta claro que en tratándose de faltante o de defecto la aprehensión para efectos del decomiso es físicamente imposible, dado que lo que no existe o falta no se puede aprehender.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a revocar la sentencia apelada, y, a disponer, en su lugar, la declaratnria de nulidad de los actos administrativos acusados.

Como consecuencia de dicha declaratoria de nulidad la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– deberá devolver a la sociedad demandante los valores que hubiere pagado ésta por concepto de multas impuestas en los actos acusados, debidamente actualizados, conforme lo previene el artículo 178 del C.C.A.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

1o): DECLÁRASE la nulidad de las Resoluciones Nos. 0508 de 28 de mayo de 1993, expedida por el Jefe Regional de la Aduana de Buenaventura, y 0246 de 3 de septiembre de 1993, expedida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $393.676.oo por faltante

de mercancías y a favor del Fisco Nacional; 0333 de 5 de mayo de 1993, expedida por el Jefe de la División de Fiscalización de la Aduana de Buenaventura y 0082 de 9 de julio de 1993, expedida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $3.283.623.oo por faltante de mercancías y a favor del Fisco Nacional; 0326 de 29 de abril de 1993, expedida por el Jefe de la División de Fiscalización de la Aduana de Buenaventura, y 0167 de 11 de agosto de 1993, expedida por el Administrador de Impuestos y Aduana Especial de Buenaventura, mediante las cuales se le impuso una multa por la suma de $596.540.oo por faltante de mercancías y a favor del Fisco Nacional.

2o): Como consecuencia de la declaración anterior, y a título de restablecimiento del derecho, la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– deberá devolver a la sociedad demandante los valores que hubiere pagado ésta por concepto de las multas impuestas en los actos acusados, debidamente actualizados, teniendo en cuenta el índice de precios al por mayor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE–, conforme lo previene el artículo 178 del C.C.A.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO
Ausente

PERSONAL DOCENTE/DIRECTIVO DOCENTE/SUPERVISORA DE EDUCACIÓN/TRASLADO DEL CARGO-Improcedencia/**TRASLADO DEL CARGO-**Requisitos

La Sala parte del hecho de que los supervisores tienen el carácter de directivos docentes de conformidad con el artículo 32 del decreto 2277 de 1979, concordante con el inciso 2 del artículo 172 de la Ley 115 de 1994, al disponer el artículo 7 del decreto 402/94 demandado, que los supervisores serán dotados anualmente en las distintas zonas de trabajo determinadas en el artículo 6 del acto acusado y circunscrita cada una de ellas a por lo menos dos municipios, está en realidad disponiendo un traslado que no es procedente, pues no se presentan los requisitos a que aluden los tantas veces citados artículos 61 del Decreto 2277 de 1979 y 2 del decreto 180 de 1980, pues en ellos se estipula que el traslado que implique cambio de domicilio (como es el caso del artículo 7 del acto acusado que establece que los supervisores serán rotados en cada una de las zonas de trabajo creadas), solamente procede en los siguientes eventos: 1. Por solicitud personal. 2. Por permuta convencida. 3. Por necesidades del servicio.

INSTITUCIÓN EDUCATIVA/PERSONAL DOCENTE-Evaluación/**CUERPO TÉCNICO DE SUPERVISORES**

Dentro de la evaluación institucional anual que ordena el artículo 84 de la Ley 115 de 1994, se halla comprendido el personal docente como parte integrante de la institución educativa, no lo es menos que la evaluación contemplada en el artículo 11 del decreto acusado se refiere es a la gestión realizada por el Cuerpo Técnico de Supervisores en su respectiva zona de

trabajo. Las evaluaciones contempladas en la ley y en el decreto son diferentes, no solamente en cuanto los sujetos pasivos y activos, sino respecto de la naturaleza de las funciones por evaluar. Según la ley, deben entenderse que se evalúa a la institución educativa y al docente en cuanto desempeña funciones pedagógicas; mientras que en el decreto se evalúa el Cuerpo Técnico de Supervisores y por ende, al supervisor en cuanto ejerce funciones de control y vigilancia, que bien pueden revestir el carácter de administrativas y de verificación.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D,C., siete de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3262. Autoridades Departamentales. Actor: UNIÓN SUPERVISORES DE EDUCACIÓN AL SERVICIO DEL ESTADO. Departamento del Tolima.

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentensia de 17 de enero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, en el proceso de nulidad instaurado contra el Decreto Extraordinario No. 402 de 7 de abril de 1994, expedido por el Gobernador del Tolima.

ANTECEDENTES

La Unión de Supervisores de Educación al Servicio del Estado, Seccional Tolima –USDE– por medio de apoderado judicial, demandó ante el Tribunal Administrativo del Tolima en acción pública de nulidad, el artículo 4°, el parágrafo segundo del artículo 6°, y los artículos 7°, 10° y 11 del Decreto Extraordinario No. 402 de 7 de abril de 1994, "Por el cual se reglamenta la Ordenanza No. 038 de diciembre 30 de 1993; relacionada con la prestación del servicio del Cuerpo Técnico de Supervisores y se dictan otras disposiciones".

La parte demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1°. Los artículos 84, 170, 171 y 172 de la Ley 115 de 1994; y

2°. El artículo 2° del Decreto 180 de 1992.

El artículo 11 del Decreto acusado viola el artículo 84 de la Ley 115 de 1994, por cuanto este último atribuyó de manera excluyente al Ministerio de Educación Nacional la fijación de los criterios a seguir para la evaluación del personal docente, y determinó que tal evaluación deberá hacerse al final del año lectivo.

Dicha evaluación no la abandonó la ley al criterio subjetivo del "Grupo de Trabajo de Control Interno y Monitoreo de la Secretaría de Educación y Cultura". Por el contrario,

éste debeseguir los criterios preestablecidos por el Ministerio de EducaciónNacional. En consecuencia, no puede una norma de menor jerarquía atribuír a un grupo de trabajo, sin que exista una pauta odirectriz, la evaluación del personal docente y administrativo.

Tampoco puede señalar el tiempo en que debe evaluarse el personal en mención y menos puede hacerlo trimestralmente, cuando el citado artículo 84 ordenó que tal evaluación debería hacerse al final de cada año lectivo.

El artículo 171 de la Ley 115 de 1994 fueigualmente violado, ya que éste de manera excluyente estableció que el Gobierno Nacional y no el Departamental es quien reglamentaráel ámbito de competencia de cada nivel de supervisión o inspecciónen los establecimientos educativos. Se atribuyó entonces elGobierno Departamental a través del artículo 4° del decreto demandado una competencia que no tiene, pues definió el ámbito de competencia de cada nivel de supervisión o inspección.

Asímismo, el inciso final del artículo 172 de laley en cita señaló que las funciones de los supervisores deeducación serán reglamentadas por el Gobierno Nacional, razón por la cual el artículo 10° de la norma acusada lo desconoció, pues en él, el Gobierno Departamental reglamentó y señaló las tareas que deben cumplir los supervisores en determinadas áreas, careciendode autorización legal para hacerlo, ya que la Administración sólopuede hacer lo que la ley manda o permite expresamente, y aquí nohay vacíos.

Por su parte, el artículo 2° del Decreto No. 180 leda al docente la opción de escoger voluntariamente su lugar dearraigo. De ahí que ninguna norma de inferior jerarquía como elDecreto acusado, en sus artículos 6° y 7°, pueda jurídicamentedesarraigar al docente que cumple con su deber sin que se llenen las exigencias contenidas en el mencionado artículo 2° del Decreto180 de 1992, que por lo demás en su artículo 8° define cuáles son las necesidades del servicio, en el artículo 9° manda que ningúntraslado puede hacerse desmejorando las condiciones del educador,y en el artículo 12 prevé los traslados cuando se trate de programas especiales y con autorización expedida por el Ministerio de Educación.

Por lo anterior, resulta clara la violación delartículo 2° del Decreto 180 de 1992 por parte de los artículos 6°y 7° del Decreto Extraordinario 402 de 1994, ya que la rotación y temporalidad no tienen cabida dentro de la norma de orden nacionalcitada, además de que el mencionado artículo 6° está delegando una competencia sin que la Ley lo haya facultado para tal efecto, con violación del artículo 170 de la Ley 115 de 1994.

La parte demandada contestó la demanda extemporáneamente.

LA PROVIDENCIA APELADA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de los artículos 4° y 10° del Decreto Extraordinario No. 402 de 1994 y denegó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación:

1°. De conformidad con el penúltimo inciso del artículo 67 de la Constitución Política, corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación, con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio; y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

2°. El numeral 8 del artículo 150 *ibídem* le asigna al Congreso la competencia para expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de la función de inspección y vigilancia que le señala la Constitución.

3°. Por su parte el numeral 21 del artículo 189 del mismo ordenamiento, atribuye al Presidente de la República la inspección y vigilancia de la enseñanza, conforme a la ley.

4°. El Congreso expidió la Ley 115 de 1994 regulando entre otros aspectos, lo atinente a la dirección, administración, inspección y vigilancia de la educación, que son los que en algunos apartes considera violados la demandante.

5°. La parte final del artículo 171 de la Ley 115 de 1994 dispone que el Gobierno Nacional reglamentará el ámbito de competencia de cada nivel de supervisión o inspección en los establecimientos educativos, de tal manera que ésta sea realizada en forma coordinada y con la periodicidad adecuada. Al establecer el artículo 4° del Decreto demandado bajo el título de ámbito de competencia que las funciones propias de supervisión las desarrollarán cada uno de los supervisores en todo el territorio departamental atendiendo los niveles de preescolar, básica y media, no queda duda de que existe una manifiesta infracción al inciso 3 del artículo 171 de la ley, porque ese ámbito de competencia lo debe reglamentar es el Gobierno Nacional y por ende es función que no podía desarrollar el Ejecutivo Departamental, tal como lo hizo, al señalar, que cada uno de los supervisores en todo el Departamento desempeñaba las funciones atendiendo a estos niveles.

Podría pensarse en principio que por la redacción del artículo 4° del Decreto acusado, éste simplemente se limitaba a establecer los niveles y así mismo indicar que en ellos tenía que desenvolverse la supervisión por parte de los funcionarios allí mencionados, pero sea como fuere, esto del señalamiento de la órbita de la función es asunto que debe hacerlo el Gobierno Nacional, a menos que éste autorice a los gobernadores para que procedan en tal sentido, tal como lo dispone el artículo 169 de la Ley 115 de 1994.

Por su parte, el Decreto Extraordinario 402 de 1994 se refiere en su artículo 6° a los sitios de trabajo y en su artículo 7° señala que para desarrollar las actividades de que trata el decreto, los integrantes del Cuerpo Técnico de Surpervisores serán designados en forma temporal y rotatoria en cada una de las zonas de trabajo creadas, mediante acto administrativo debidamente motivado.

Considera la actora que estos artículos transgreden el artículo 2° del Decreto 180 de 1982 en concordancia con los artículos 8° y 9° del mismo, posición que no comparte el Tribunal, ya que las normas atacadas no están estableciendo nuevas modalidades de traslado, sino que al crear las diferentes zonas de trabajo están disponiendo que las actividades se cumplirán por los integrantes del Cuerpo Técnico de Supervisores en forma rotatoria, para lo cual deberá expedirse acto administrativo debidamente motivado; el cual no puede examinarse independientemente de las modalidades de traslado dentro de las que se encuentra la de "por necesidades del servicio", siendo tales necesidades del servicio aquellas diferentes a laa situaciones contempladas en el artículo 8°, el cual a su turno no choca con los artículos 6° y 7° del Decreto Departamental, pues hay que entender que cuando el traslado ocurre por alguna de las circunstancias anotadas en el artículo 8° del Decreto 180 de 1982, obviamente será un comportamiento administrativo afectado de ilegalidad, como también hay que aceptar que lo está cuando se dan algunos de los supuestos que señala el artículo 9°.

Dicho de otra manera, para efectos de dar cumplimiento al artículo 7° es preciso utilizar la modalidad del traslado, que puede darse sino se da ninguna de las causales señaladas en el artículo 8° del Decreto 180 de 1982 y aún bajo el supuesto de que se dijera que los supervisores son trabajadores en programas especiales del Ministerio de Educación, habría que dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12 del mismo Decreto, aunque en realidad no están aquellos dentro de los supuestos fácticos mencionados en esta norma.

Por lo anterior, no hay ninguna incompatibilidad entre las normas que se están analizando, el acto acusado y los artículos del Decreto 180 de 1982, y menos cuando el artículo 172 de la Ley 115 de 1994 contempla que para el ejercicio de la inspección y vigilancia existirá un Cuerpo Técnico de Supervisores en los niveles nacional, departamental y distrital, quienes cumplirán las funciones propias de su cargo, en especial las curriculares y pedagógicas de manera descentralizada. Luego si la ley se ocupa de los supervisores del orden departamental, también está diciendo que ellos cumplirán las funciones propias de su cargo, no pudiéndose ocupar dicha ley de pormenores como la creación de zonas de trabajo o identificación del municipio sede de esa zona, pues ello es tarea de la entidad territorial en la cual van a ejecutar sus labores.

6°. El artículo 172 de la Ley 115 de 1994 señala que los supervisores tendrán carácter docente y no podrán ejercer, simultáneamente cargos directivos, y textualmente expresa: "Las funciones de los supervisores serán reglamentadas por el Gobierno Nacional".

El Decreto atacado en su artículo 10° estatblece que las funciones del Cuerpo Técnico de Supervisión se desarrollarán de acuerdo a las seis áreas que allí mismo señala, y en el ámbito correspondiente. Dentro del área de políticas y planeación, fija como función de los supervisores la de participar en la elaboración, actualización, interpretación y aplicación de políticas, planes, proyectos y programas referentes al mejoramiento del servicio educativo; dentro del área del proyecto social, la de integrar las comunidades

educativas para el mejor logro de los objetivos y desarrollo de los establecimientos educativos y así sucesivamente para cada una de las áreas.

Lo anterior riñe abiertamente con la norma de la Ley 115 de 1994, pues esas funciones deben ser reglamentadas por el Gobierno Nacional, ya que de permitirse que cada entidad territorial lo haga, se presentaría el fenómeno de la descoordinación de funciones que precisamente quiere evitar esa ley al reglamentar el ejercicio de inspección y vigilancia.

Finalmente, frente a la violación del artículo 84 de la Ley 115 de 1994 por parte del artículo 11 del acto demandado, debe decirse que al confrontar el contenido de estas normas no se advierte que exista un enfrentamiento entre ellas, porque la ley establece la evaluación de las respectivas instituciones educativas, en tanto que el artículo 11 del Decreto se refiere a la gestión realizada por el Cuerpo Técnico de Supervisores en cada una de las zonas de trabajo para efecto de evaluar las labores realizadas como tales.

No parece entonces estarse reglamentando o regulando un mismo aspecto por parte de la ley y por parte del Decreto departamental. Se trata en la primera de darle una evaluación a la institución educativa, teniendo en cuenta no solamente el personal docente y administrativo, sino los recursos pedagógicos y su infraestructura física, evaluación que la realiza el Consejo Directivo de la misma institución siguiendo los de Educación Nacional, la cual es independiente de la evaluación que se hace de la gestión realizada por los supervisores. Esto es un control que tiene un objetivo específico como es la rotación a que se refiere el artículo 7°, es decir para determinar a qué zona va a trasladarse a determinado supervisor, lo que en realidad nada tiene que ver con la que se realiza a la propia institución educativa. Lo que censura el actor no se confunde ni riñe con lo que la ley consagra, y teniendo que ésta tampoco prohíbe que se haga por parte de las entidades territoriales evaluaciones al interior de ellas mismas, se concluye que la disposición no está enfrentada a ese ordenamiento superior.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En su escrito de apelación el recurrente expresa, en síntesis, lo siguiente:

Mediante los artículos 2°, 8° y 9° del Decreto 180 de 1982 se pretendió evitar la temporalidad del maestro en la sede a él asignada, razón por la cual el artículo 7° del Decreto Extraordinario 402 de 1994 desconoce dichas normas, pues se está creando una nueva causal de traslado del docente.

En efecto, mientras la generalidad del Decreto 180 es la estabilidad del maestro en su sede, es decir el no ser trasladado mientras no se cumplan ciertos requisitos y presupuestos legales, los artículos 7° y 11 del acto demandado imponen la regla general de la temporalidad y rotación de los supervisores que tienen la categoría de docentes, obligándolos, so pena de perder el cargo o incurrir en falta disciplinaria, a no permanecer más de un año en la zona de trabajo.

El docente, en este caso supervisor, solamente puede permanecer un año en una de las zonas gsográficas de que trata el artículo 6° del Decreto acusado, y para permanecer en el cargo debe trasladarse a otra zona, lo cual implica que es un traslado. De ahí que el Tribunal se equivocó al decir que "no están estableciendo nuevas modalidades de traslado", porque sí se está haciendo, y además por fuera de las causales previstas en los artículos 2°, 8°, 9° y 12 del Decreto 180 de 1982.

De otra parte, el mismo Tribunal dice: "Dicho de otra manera para efectos de dar cumplimiento al artículo 7° es preciso utilizar la modalidad del traslado que puede darse si no se da ninguna de las causales señaladas en el artículo 8° del Decreto 180 de 1982...".

Es claro entonces para el *a-quo* que para dar cumplimiento al artículo 7° es necesario utilizar la modalidad de traslado, pero ocurre que el Ejecutivo Departamental no puede dictar normas sobre traslado de docentes, ya que para tal efecto existen normas especiales y de mayor jerarquía (Decreto No. 180 de 1982) que el Gobernador no puede adicionar a su acomodo, siendo por tanto nulo el citado artículo 7° y el artículo 11 en la parte que reza: "... dichos informes servirán de elementos esenciales para realizar la rotación a que se refiere el artículo 7° del presente Decreto".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala observa que no se pronunciará respecto del articulado que fue declarado nulo (artículos 4° y 10° del Decreto 402 de 1994), toda vez que la sentencia la apeló solamente la parte actora, y como es obvio, dichos artículos no son motivo de controversia en la alzada.

Loe artículos demandados y que no fueron declarados nulos son el parágrafo segundo del artículo 6° y los artículos 7° y 11 del Decreto 402 de 1994.

La Sala parte del hecho de que los supervisores tienen el carácter de directivos docentes de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2277 de 1979, concordante con el inciso 2 del artículo 172 de la Ley 115 de 1994, los cuales respectivamente prescriben:

> "Artículo 32 (Decreto 2277 de 1979). Carácter docente. Tienen carácter docente y en consecuencia deben ser provistos con educadores escalafonados, **los cargos directivos** que se señalan a continuación, o los que tengan funciones equivalentes:
>
> ".....
>
> "e) Supervisor o inspector de educación".
>
> "Artículo 172 (Ley 115 de 1994) ...
>
> "Los supervisores tendrán carácter docente de conformidad con el Estatuto Docente y no podrán ...".

Establecido que los supervisores son directivos docentes, debe la Sala precisar si le asiste o no razón al recurrente cuando afirma en su escrito de apelación que con los artículos 2°, 8° y 9° del Decreto 180 de 1982 se pretendió evitar la temporalidad del maestro en la sede a él asignada, considerando que los artículos 7° y 11 del acto demandado desconocen dichas normas, puesto que mientras el Decreto 180 establece como generalidad la estabilidad del maestro en su sede, los artículos 7° y 11 del Decreto Extraordinario imponen como generalidad la temporalidad y rotación de los supervisores que tienen la categoría de docentes.

El artículo 61 del Decreto 2277 establece que los traslados proceden solamente cuando se dan las siguientes condiciones:

"Artículo 61.- Traslados. La autoridad nominadora puede disponer el traslado del educador o del directivo docente a otro establecimiento o dependencia de la zona urbana o cabecera del mismo municipio.

"El traslado que implique para el educador cambio de domicilio, sólo procederá por solicitud personal, por permuta libremente convenida o por manifiestas necesidades del servicio.

"El Gobierno fijará los criterios para definir las necesidades del servicio educativo. Cuando el traslado proceda por esta causa el educador...".

A su turno, el artículo 2° del Decreto 180 de 1982, "Por el cual se reglamentan los traslados del personal docente contemplado en el artículo 61 del Decreto Extraordinario 2277 de 1979 y se dictan otras disposiciones", y el cual se considera violado, prescribe:

"Modalidades, El traslado puede decretarse:

"a. Discrecionalmente por la autoridad nominadora cuando debe cumplirse dentro de la zona urbana o cabecera del mismo municipio donde el educador tiene fijado su domicilio;

"b- Por solicitud del educador dentro de las condiciones que más adelante se establecen;

"c- Por permuta libremente convenida:

"d- Por necesidades del servicio según lo establecido en este decreto.

"PARÁGRAFO. Para los efectos de lo dispuesto en este artículo entiéndese por domicilio el lugar donde el educador está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión docente".

Por su parte, los artículos 8° y 9° *ibídem* se refieren, respectivamente, a los eventos cuando no procede el traslado por razones del servicio y a las condiciones del traslado.

Los artículos 7° y 11 del acto acusado rezan:

"Artículo 7°.- Para desarrollar las actividades de que trata el presente Decreto los integrantes del Cuerpo Técnico de Supervisores serán asignados en forma temporal y rotatoria mediante acto administrativo debidamente motivado, en cada una de las zonas de trabajo creadas.

"PARÁGRAFO.- La temporalidad de la Supervisión en cada una de las zonas de trabajo no podrá exceder de un (1) año escolar al cabo del cual se hará en forma general la rotación de los Supervisores".

"Artículo 11.- DISPOSICIONES VARIAS. La gestión realizada por el Cuerpo Técnico de Supervisores en cada una de las zonas de trabajo será evaluada trimestralmente por parte del Secretario de Educación a través del Grupo de Trabajo de Control Interno y Monitoreo de la Secretaría de Educación y Cultura, dichos informes servirán de elementos esenciales para realizar la rotación a que se refiere el artículo 7° del presente Decreto".

La Sala al efectuar la confrontación de los artículos 61 del Decreto 2277 de 1979, fundamento del Decreto 180de 1982 y el artículo 2° de éste último con el artículo 7° del Decreto Extraordinario 402 de 1994, encuentra que efectivamente este precepto está desconociendo lo normado por los artículos primeramente citados, toda vez que está creando una nueva modalidadde traslado para los supervisores, siendo que éstos ocupan cargos docentes directivos a los cuales le son aplicables las normas referidas.

En efecto, al disponer el artículo 7°, que los supervisores serán rotados anualmente en las distintas zonas de trabajo, determinadas en el artículo 6° del acto acusado y circunscrita cada una de ellas a por lo menos dos municipios, está en realidad disponiendo un traslado que no es procedente, pues no se presentan los requisitos a que aluden los tantas veces citados artículos 61 del Decreto 2277 de 1979 y 2° del Decreto 180 de 1980, pues en ellos se estipula que el traslado que implique cambio de domicilio (como es el caso del artículo 7° del acto acusado que establece que los supervisoree serán rotados en cada una de las zonas de trabajo creadas), solamente procede en los siguientes eventos:

1o. Por solicitud personal

2o. Por permuta convenida

3o. Por necesidades del servicio

Ea evidente entonces que el artículo 7° acusado de nulidad no tuvo en cuenta las causales anteriores para disponer eltraslado de los supervisores, razón por la cual habrá de declararse su nulidad.

Respecto del artículo 11 también acusado de nulidad, la Sala comparte la apreciación del fallador de primera instancia en cuanto afirma que al confrontar su contenido con el del artículo 84 de la Ley 115 de 1994 no encuentra enfrentamiento alguno entre ellos, puesto que la Ley establece la evaluación de las instituciones educativas, en tanto que la norma acusada se refiere a la gestión realizada por el Cuerpo Técnico de Supervisores.

En efecto, el artículo 84 de la Ley 115 de 1994, prescribe:

> "En todas las instituciones educativas se llevará a cabo al finalizar cada año lectivo una evaluación de todo el personal docente y administrativo, de sus recursos pedagógicos y de su infraestructura física para propiciar el mejoramiento de la calidad educativa que se imparte. Dicha evaluación será realizada por el Consejo Directivo de la institución, siguiendo criterios y objetivos preestablecidos por el Ministerio de Educación Nacional...".

Si bien es cierto que dentro de la evaluación institucional anual que ordena el artículo 84 de la Ley 115 de 1994, se halla comprendido el personal docente como parte integrante de la institución educativa, no lo es menos que la evaluación contemplada en el artículo 11 del Decreto acusado se refiere es a la gestión realizada por el Cuerpo Técnico de Supervisores en su respectiva zona de trabajo.

Las evaluaciones contempladas en la ley y en el decreto son diferentes, no solamente en cuanto los sujetos pasivos y activos, sino respecto de la naturaleza de las funciones por evaluar, según la ley, deben entenderse que se evalúa a la institución educativa y al docente en cuanto desempeña funciones pedagógicas; mientras que en el decreto se evalúa el Cuerpo Técnico de Supervisores y por ende, al supervisor en cuanto ejerce funciones de control y vigilancia, que bien pueden revestir el carácter de administrativas y de verificación.

Las circunstancias anteriores llevan a concluir que entre las figuras mencionadas no se advierte incompatibilidad alguna, así las evaluaciones sean realizadas por personas y en períodos diferentes.

De otra parte, la Sala declarará la nulidad del siguiente aparte del artículo 11 del Decreto Extraordinario 402: "...dichos informes servirán de elementos esenciales para realizar la rotación a que se refiere el artículo 7° del presente Decreto", en cuanto tiene relación directa con el artículo 7°, que como ya se vió, se encuentra viciado de nulidad al llamar rotación a lo que en realidad constituye un verdadero traslado, entendido éste último como el movimiento que implica cambio de domicilio.

Finalmente, en cuanto a la pretendida nulidad del parágrafo 2° del artículo 6°, la Sala confirmará la decisión del *a-quo* que la denegó, como quiera que el recurrente no se refiere a ella en el memorial del recurso,

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

FALLA:

1o. MODIFÍCASE la sentencia apelada en el sentido de DECLARAR la nulidad del artículo 7° del Decreto 402 de 7 de abril de 1994 y de la frase "...dichos informes servirán de elementos esenciales para realizar la rotación a que se refiere el artículo 7° del presente Decreto", contenida en el artículo 11 del citado decreto.

2o. CONFÍRMASE dicha sentencia en todo lo demás.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN-Inexistencia/**DEMOLICIÓN DE OBRA/ PREVALENCIA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS**

Si bien es cierto que lo que motivó la ejecución de las obras sin que se hubiera obtenido la respectiva licencia de construcción fue proteger la seguridad de las educandas de la Institución; y que los derechos de los menores prevalecen sobre los de los demás, no lo es menos que so pretexto de dicha prevalencia no se pueden contravenir las normas que imponen el cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio de las diferentes actividades que los asociados están legitimados para desarrollar.

LICENCIA DE URBANIZACIÓN Y CONSTRUCCIÓN-Solicitud/**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO**-Inexistencia/**SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO**-Término

El artículo 63 de la Ley 9/89 consagra un término de 90 días hábiles para que las autoridades allí mencionadas se pronuncien sobre las solicitudes de otorgamiento de licencias de urbanización y construcción so pena de que se entiendan aprobadas en los términos solicitados y siempre y cuando no contravergan las normas que regulan la actividad. Cuando se realizaron las obras y se expidieron los actos acusados aún no había transcurrido el término de 90 días hábiles previsto en el art. 63 de la Ley 9a. de 1989, contando desde la radicación de la solicitud, que como ya se dijo lo fue el 8 de septiembre de 1992, presupuesto sine qua non para que opere el silencio administrativo positivo, lo cual desvirtúa el argumento del apoderado recurrente.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3314. Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Fundación Paulina y Ernesto de Valenzuela.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de la referencia, por la cual la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda incoada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A. contra la resolución sin número de fecha 19 de noviembre de 1992, expedida por la Inspección Primera "A" Especial de Policía, Urbanismo y Construcción de Usaquén, por la cual se ordenó la demolición de obra respecto del inmueble ubicado en la calle 107 A No. 8A-81 de esta ciudad; y la Resolución No. 064 del 19 de diciembre de 1992, emanada de la misma Inspección, que confirmó en todas sus partes la resolución antes citada.

I.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

Para denegar las pretensiones de la demanda consideró el a quo, en síntesis, lo siguiente:

1o): Según la parte actora los actos acusados violan el artículo 44 de la Constitución Política porque los derechos de los niños prevalecen aún sobre la contravención al régimen de obras y urbanismo (artículos 13 del acuerdo 18 de 1989 y 63 de la Ley 9a. de 1989).

Al respecto se estima que si constitucionalmente los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, ello no faculta a los particulares para violar la ley y los reglamentos. Por lo tanto, no prospera el cargo.

2o): Se aduce la violación del artículo 63 de la Ley 9a. de 1989, porque considera el demandante que con la escritura pública No. 2086 de 11 de diciembre de 1992 de la Notaría 46 de esta ciudad, se presentó el silencio administrativo ya que Planeación Distrital no cumplió con la citada ley y la Inspección desatendió dicho silencio.

En primer lugar, se advierte que con el otorgamiento de una escritura no se configura el silencio administrativo y además la actora no explica cómo se produjo ese silencio y cuales fueron los efectos que a su favor se dieron.

El cargo está enfocado hacia el desconocimiento del acto presunto producto del silencio administrativo positivo de la Administración, protocolizado en la escritura anexa.

Si bien es cierto que se pudo configurar dicho silencio administrativo positivo en relación con la solicitud de licencia, no lo es menos que este trámite fue iniciado luego de presentada la querella que culminó con los actos acusados y cuando la obra estaba terminada.

Si a la fecha de ejecución de los actos acusados han desaparecido los fundamentos de hecho y derecho de los mismos, en el evento de que en realidad se hubiere dado el silencio administrativo positivo, sería otra la situación que se presenta referida al tema de decaimiento del acto, de que trata el artículo 66 del C.C.A.

Por lo anterior no prospera el cargo.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los motivos de inconformidad del recurrente pueden sistetizarse así:

1o): Son diversas las legislaciones que consagran la protección especial de los niños y la prevalencia de sus derechos (Declaración de los Derechos del Niño de 1959; Declaración de Ginebra de 1924 sobre Derechos del Niño; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Declaración Universal de los Derechos Humanos; la Convención sobre Derechos del Niño adoptada en la Asamblea General de la ONU incorporada al ordenamiento interno mediante la Ley 12 de 1991; y el artículo 44 de la Constitución Política).

Los bienes a los que la Constitución reserva un amparo especial pueden colisionar con otros bienes tutelados igualmente garantizados por aquélla o por la ley, resultando derechos enfrentados en donde el bien menor se sacrifica en aras de la prevalencia del bien mayor.

El titular del derecho a la demolición de la obra respecto del inmueble localizado en la calle 107 A No. 8A-81 no puede oponerse ni pretender que las autoridades se guíen por el deber de abstención que normalmente han de observar y la conducta que se debe asumir e sla protección del derecho a la vida y a la integridad de los menores educandos de la Institución, así ello implique la violación de la ley o de los reglamentos.

El estado de grave peligro y la inminencia de un daño considerable e irreparable a la integridad física de las alumnas obligó a la Junta Directiva a tomar la desición de acelerar la apertura de la nueva puerta que permite el ingreso a la Institución. Esta circunstancia es certificada por la Sala de Familia del Tribunal Superior de Bogotá, que tuteló los derechos fundamemntales a la vida e integridad personal física de las menores de la Fundación.

2o): A través de la escritura pública No. 2086 de 11 de diciembre de 1992 de la Notaría 46 de Bogotá la actora aplicó el silencio administrativo positivo contando 105 días hábiles después de haber presentado la solicitud.

Mediante resolución No. 313 de 2 de marzo de 1994 el Departamento Administrativo de Planeación Distrital revocó directamente el silencio administrativo positivo invocado por la parte demandante, acto éste que fue objeto de demanda, la cual no ha recibido fallo definitivo.

La fuerza probatoria y obligatoria de la escritura pública demuestran su existencia en cuanto al otorgamiento, a la fecha del documento, a la verdad de las declaraciones y su contenido.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Por error involuntario en el presente proceso se rindieron dos conceptos del Ministerio Público. Uno por parte de la Procuradora Segunda y otro por parte del Procurador Primero.

La Procuradora Segunda estima que debe revocarse la sentencia apelada para disponer en su lugar la nulidad de los actos acusados por cuanto, a su juicio, de acuerdo con la Institución del silencio administrativo positivo el 3 de diciembre de 1992 quedó aprobada la solicitud de licencia pedida por la demandante para cerrar tres puertas en la avenida y para abrir una puerta sobre la calle 107 aledaña a la Urbanización de los querellantes.

El Procurador Primero considera que debe revocarse el fallo apelado para disponer en su lugar la nulidad de los actos acusados no por violación de los artículos 44 de la Constitución Política y 63 de la Ley 9a. de 1989, sino por transgresión del artículo 66 ibídem, norma esta que estima es invocada por la parte demandante cuando en la demanda incluye como normas violadas "el art. 63 y ss. de la Ley 09 de 1989", ya que la sanción a imponer no ha debido ser la demolición sino la multa sucesiva hasta que se terminara el trámite de la licencia de construcción, dado que la demolición sólo puede ordenarse cuando claramente se contravengan las normas urbanísticas, cuestión que no fue mencionada por la autoridad policiva que expidió los actos impugnados.

IV.- LA DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la controversia, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Para una mejor comprensión del tema es preciso hacer un breve recuento de los hechos que originaron la acción incoada por el demandante.

1o): La inspección Primera "A" Especial de Policía Urbanismo y Construcción de Usaquén avocó el conocimiento de una querella formulada contra la Fundación Paulina y Ernesto Valenzuela por haber abierto tres puertas de acceso de la citada Fundación en la calle 106 No. 8A-58, proceso que culminó con la expedición de los actos acusados que ordenaron la demolición de la obra.

2o): Dicha obra se hizo para proteger la seguridad física de las educandas porque la calle 106, donde se encontraba inicialmente la puerta de acceso, se convirtió en una vía arteria de rápido desplazamiento vehicular; la seguridad de las instalaciones y para aprovechar la zona institucional de cesión.

3o): El 16 de diciembre de 1992 la demandante presentó ante la referida Inspección de Policía copia de la Escritura Pública No. 2086 de 11 de diciembre de 1992, de la Notaría 46 del Círculo de Bogotá, donde consta el silencio administrativo positivo conforme a lo estipulado en los artículos 41 y 42 del Decreto Ley 01 de 1984, en concordancia con el artículo 63 de la Ley 9a. de 1989, en virtud de que el Departamento Administrativo de Planeación Distrital no respondió en término la solicitud de licencia. A pesar de ello la Inspección de Policía se ha negado de manera sistemática a dar cumplimiento a la citada ley de la Reforma Urbana.

Para la Sala la sentencia apelada debe confirmarse, por las siguientes razones:

En cuanto al cargo de violación del artículo 44 de la Constitución Política cabe advertir que si bien es cierto que lo motivó la ejecución de las obras sin que se hubiera obtenido la respectiva licencia de construcción fue proteger la seguridad de las educandas de la Institución; y que los derechos de los menores prevalecen sobre los demás, no lo es menos que so pretexto de dicha prevalencia no se pueden contravenir las normas que imponen el cumplimiento de determinados requisitos para el ejercicio de las diferentes actividades que los asociados están legitimados para desarrollar.

En cuanto al cargo de violación del artículo 63 de la Ley 9a. de 1989, que hace consistir el apoderado de la demandante en el hecho de que los actos acusados desconocieron el fenómeno del silencio administrativo que operó frente a la solicitud de licencia de construcción de las obras es preciso tener en cuenta lo siguiente:

Efectivamente el referido precepto legal consagra un término de 90 días hábiles para que las autoridades allí mencionadas se pronuncien sobre las solicitudes de otorgamiento de licencias de urbanización y construcción so pena de que se entiendan aprobadas en los términos solicitados y siempre y cuando no contravengan las normas que regulan la actividad.

En el evento *sub-lite,* según obra a folios 20 y 21 del cuaderno No. 2, la solicitud de licencia fue radicada el 8 de septiembre de 1992 bajo el número 9213420.

Una cosa es que el 23 de julio de 1992 el Departamento Administrativo de Catastro Distrital hubiera certificado la nomenclatura oficial del predio de la parte actora, requisito previo para que se pueda solicitar ante el Departamento de Planeación Distrital la Licencia de Construcción, como se advierte en la parte final del documento obrante al folio 20 del cuaderno No. 2, y otra muy distinta que la solicitud haya quedado radicada dicho día, pues conforme al documento visible a folio 21 *ibídem* la solicitud radicó bajo el número 9213420 el 8 de septiembre de 1992.

Conforme lo afirmó el representante de la demandante ante la Inspección de Policía las obras se iniciaron a mediados de agosto de 1992 y concluyeron en septiembre del mismo año (folio 16 cuaderno No. 2).

Lo anterior significa que cuando se realizaron las obras y se expidieron los actos acusados aún no había transcurrido el término de 90 días hábiles previsto en el artículo 63 de la Ley 9a. de 1989, contando desde la radicación de la solicitud, que como ya se dijo lo fue el 8 de septiembre de 1992, presupuesto *sine quo non* para que opere el silencio administrativo, lo cual desvirtúa el argumento del apoderado recurrente.

No comparte la Sala el criterio del Procurador Primero Delegado en cuanto a que por haber invocado la actora como violados los artículos 63 y siguientes de la Ley 9a. de 1989 queda incluído el artículo 66 *ibídem* que a su juicio se encuentra transgredido, ya que en el libelo demandatorio no se observa que frente a esta disposición se hubiera fijado el alcance de su violación. En parte alguna se hace referencia a que la sanción impuesta no debió ser la de demolición sino la de la multa. Por el contrario, la demanda se circunscribe únicamente el artículo 63 cuyo texto se transcribe y gira en torno del silencio administrativo positivo que según la actora no fue tenido en cuenta, hecho este que es reiterado en el recurso de apelación.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de 13 de julio.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos**/DERECHO DE DOMINIO-**Efectos**/JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/CONFLICTO ENTRE PARTICULARES/COMPETENCIA/JURISDICCIÓN ORDINARIA/INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS-**Improcedencia

En tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por regla general, al declararse la nulidad de los actos demandados, la consecuencia es, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición de los actos anulados. En el caso *sub-exámine* no es cierto que la sentencia haya confundido los dos tipos de acciones. Lo que ocurre es que lo que la parte actora solicita a título de restablecimiento del derecho, no es consecuente con el que efectivamente corresponde en virtud de la declaratoria de nulidad; y además, porque solicita perjuicios que no guardan relación de casualidad alguna con la expedición de los actos acusados. Al ser declarada nula toda la actuación administrativa que culminó con el acto mediante el cual se le dio calificación jurídica de enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto al listado de actos y negocios relacionados en la matrícula inmobiliaria, el consecuente restablecimiento del derecho es que la administración inicie nuevamente dicha calificación, llevando a cabo el debido proceso que en efecto debe ser respetado en toda actuación, sea administrativa o judicial, de conformidad con el artículo 29 de la Carta Política, cuya violación fue el fundamento de la sentencia recurrida para declarar la nulidad referenciada y el cual se encuentra contemplado en el Decreto Ley No. 1250 de 1970. De lo anterior se desprende que no es dable a la Jurisdicción Contencioso Administrativa declarar que la demandante

es titular del derecho de dominio y plena posesión del lote de terreno de 7000 hectáreas a que se contrae la presente demanda, como tampoco ordenar que el nuevo registro se efectúe en la primera columna del folio de matrícula inmobiliaria, como lo pretende el demandante, pues su objeto no es dirimir conflictos entre particulares, ya que ello es competencia de la Justicia Civil Ordinaria, razón por la cual dicha pretensión será denegada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3019. Recurso de apelación contra la sentencia de 17 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: Empresa Nacional de Bosques Limitada, "Embosques Ltda".

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia de 17 de mayo de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se hicieron las siguientes declaraciones: a): Es nula toda la actuación administrativa adelantada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Seccional Sogamoso, Departamento de Boyacá, y que culminó con el acto mediante el cual se le dio calificación jurídica de enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto al listado de actos y negocios relacionados en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726; b): Es nula la decisión expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro que obra en el oficio No. 01073 de 21 de enero de 1993, expedido por la Jefe de División de Vigilancia de Registro de Instrumentos Públicos, que negó la solicitud de corrección de calificación dada a la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726; y c): Denegar las demás pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1.-La EMPRESA NACIONAL DE BOSQUES LIMITADA "EMBOSQUES LTDA", 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 dispusiera en forma principal lo siguiente:

1o): Se declare la nulidad de toda la actuación administrativa adelantada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, Seccional Sogamoso, Departamento de Boyacá, mediante la cual ese despacho le dio calificación jurídica de enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto al listado de actos y negocios relacionados en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726.

2o): Se declare la nulidad de la decisión expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro contenida en el Oficio No. 01073 de 21 de enero de 1993, expedido por la Jefe de la División de Vigilancia de Registro de Instrumentos Públicos, por el cual

se denegaron las peticiones hechas por Embosques Ltda., de corrección de la calificación dada en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726.

3o): Se declare nulo el auto de 21 de enero de 1993, expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro, mediante el cual la Directora de Vigilancia confirma en todas sus partes el Oficio citado en el numeral anterior y ordena el cierre y archivo de las diligencias administrativas.

4o): Se declare nulo cualquier otro pronunciamiento que bien sea mediante instrucción, circular, auto o concepto o cualquier otro acto de su competencia, hubiese expedido la entidad demandada, tendiente a defender la calificación jurídica que actualmente presenta la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso.

5o): Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que la Empresa Nacional de Bosques Limitada es titular del derecho de dominio y de la plena posesión de un lote de terreno con cabida de siete mil (7000) hectáreas, descrito por su ubicación, carácteres y linderos en la forma que lo estipula la Escritura Pública No. 427 de 21 de marzo de 1975, de la Notaría 15 del Círculo de Santa Fe de Bogotá, comprendido dentro del globo mayor extensión denominado Cuchijao, correspondiente a la vereda de Siguazá, municipio de Mongua, Departamento de Boyacá, al cual corresponden los linderos de que trata el certificado de registro No. 279 de 4 de marzo de 1975, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos, Seccional Sogamoso, Departamento de Boyacá.

6o): Se declare que los precitados derechos de dominio en favor de la Empresa Nacional de Bosques Limitada no se encuentran afectados por ningún gravámen hipotecario, embargo judicial o demanda civil actualmente vigentes, arrendamientos o anticresis otorgados por medio de escritura pública; que aquéllos no se encuentran inscritos bajo condiciones resolutorias del dominio y que tampoco han sido constituidos en patrimonio de familia inembargable, todo esto y salvo las constancias de embargo y cancelación de embargos que actualmente aparecen consignadas en el certificado de tradición de 24 de agosto de 1992, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Sogamoso, y por el lapso comprendido entre el 1o. de enero de 1955 y hasta la fecha de admisión de la presente demanda.

7o): Se condene a la Nación –Superintendencia de Notariado y Registro– a pagar a favor de la Empresa Nacional de Bosques Limitada, los daños y perjuicios inicialmente estimados en la suma de doscientos millones de pesos ($200.000.000), o los que procesalmente se demuestren de acuerdo con el trámite previsto en los artículos 178 y 179 del C.C.A., en armonía con los artículos 308, 334 y 339 del Código de Procedimiento Civil.

8o): Se condene a la Nación - Superintendencia de Notariado y Registro - a pagar en favor de la Empresa Nacional de Bosques Limitada, los perjuicios morales inicialmente estimados en el equivalente a dos mil gramos oro.

Como pretensión subsidiaria se declare la responsabilidad administrativa de la Nación–Superintendencia de Notariado y Registro– en los asuntos materia de la presente demandada y en el evento de que no fuere posible reconocerla a la Empresa Nacional de Bosques Limitada el pleno restablecimiento de sus derechos, se le indemnice con una suma total de siete mil millones de pesos ($7.000.000.000) equivalentes a un millón de pesos ($1.000.000) por cada una de las siete mil hectáreas cuyo derecho de dominio aquella adquirió por acto de compraventa, tal como lo refiere la cláusula 2a. de la Escritura Pública No. 427 de 21 de marzo de 1975, de la Notaría 15 del Circuito de Santa Fe de Bogotá.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones el acto adujo contra los actos acusados los siguientes cargos de violación:

1o): Violación de la Ley en que debe fundarse el acto: Artículos 58, 123, 209 y 365 de la Constitución Política.

2o): Violación por incompetencia: Artículos 29, 58 y 123 ibídem y 1510 del C.C.

3o): Violación por vicios de forma: artículos 29 de la Carta Política; 11, 27, 35, 37, 54, 80, 82, 83, 88 y 94 del decreto ley No. 1250 de 1970; 10o., 11, 12 y 24 del Decreto Ley No. 2733 de 1959, modificatorios de la Ley 167 de 1941.

4o): Violación por desconocimiento del decreto de audiencias y de defensa: artículos 29 de la Constitución Política; 14, 28, 73 y 74 del C.C.A.; 10o., 11, 12 y 24 del Decreto Ley No. 2733 de 1959.

5o): Violación por falsa motivación: artículos 11, 22, 35, 37, 80, 81, 88 y 94 del Decreto Ley No. 1250 de 1970; 14, 28, 73 y 74 del C.C.A; 10o., 11, 12 y 24 del Decreto Ley No. 2733 de 1959 y 1510 del C.C.

6o): Violación por desviación de poder: artículos 58, 122, 123, 209, 365 y 366 de la Carta Política; 1o., 2o., 11, 12, 19, 22, 25, 27, 35, 37, 43, 44, 54, 80, 82, 83, 87, 88 y 94 del Decreto Ley No. 1250 de 1970; 14, 28, 73 y 74 del C.C.A.; 10o., 11, 12 y 24 del Decreto No. 2733 de 1959; 746 y 1510 del C.C.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 17 de mayo de 1994, que fue oportunamente apelada por la actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para tomar la decisión contenida en la sentencia apelada, consideró el *a-quo,* en síntesis, lo siguiente:

1.- El auto de 21 de enero de 1993, expedido por la Directora de Vigilancia de la Superintendencia de Notariado y Registro, no decide de fondo lo atinente a la petición de corrección de la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726 sino que se refiere a la orden

de archivo de la actuación tendiente a esclarecer la responsabilidad disciplinaria de la Registradora Seccional de Instrumentos Públicos de Sogamoso, por lo cual no es acto demandable dentro de este proceso.

2.- La petición dirigida a que la Jurisdicción se pronuncie sobre cualquier auto, concepto, circular o instructivo expedido por la Superintendencia de Notariado y Registro tendiente a defender la calificación jurídica se presenta la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726 es improcedente, por cuanto en ella no se individualiza acto administrativo alguno.

3.- El examen de legalidad se circunscribe al acto de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso que calificó jurídicamente como enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto el negocio al que se refiere la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726 y al "fallo" proferido por la Superintendencia de Notariado y Registro contenido en el Oficio No. 1073 de 21 de enero de 1993, los que, a juicio de la Sala, integran una sola unidad, puesto que, con el primero, la Oficina Seccional calificó como falsa la tradición operada en el negocio jurídico celebrado entre la Empresa Nacional de Bosques Limitada y Alfonso López Guevara; y, con el segundo, no accedió a corregir dicha anotación.

4.- Frente a las excepciones propuestas por la parte demandada, esto es, falta de jurisdicción y competencia por cuanto la Jurisdicción Contencioso Administrativa no es competente para declarar quién es titular de un derecho de dominio o para definir si un inmueble se encuentra afectado por gravamen, demanda, arrendamiento, etc., se tiene que el hecho de que en la demanda se hubiesen elevado las anteriores peticiones, ello no es óbice para que se pronuncie frente a la declaratoria de nulidad de las decisiones administrativas ya referenciadas.

La excepción de ineptitud sustantiva de la demanda por indebida designación de la parte demandada al haberse demandado a la Nación –Superintendencia de Notariado y Registro– y no a esta última solamente, por ostentar personería jurídica de conformidad con el Decreto 1659 de 1978, no es presupuesto para inhibirse de fallar el fondo del asunto, toda vez que el auto admisorio de la demanda fue notificado al Superintendente de Notariado y Registro, a más de que desde un comienzo los intereses de la demandada estuvieron asegurados frente al trámite procesal, debiendo el juez interpretar la demanda para hacer las declaraciones pertinentes en el caso de prosperar las pretensiones.

Respecto de la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa por no haber sido interpuestos los recursos de reposición y apelación contra una supuesta actuación administrativa de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso, la Sala parte del hecho de que la demandante sólo se enteró del cambio de calificación jurídica del negocio que había realizado en 1975, al momento de solicitar un certificado de libertad en agosto de 1992. Como quiera que se consideraron una unidad jurídica las decisiones expedidas por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso y por la de Instrumentos Públicos y Privados de la Superintendencia, no puede concluir la Sala que

ésta última decisión fuese susceptible de recurso de apelación para ante la Superintendencia de Notariado y Ragistro y, en caso de serlo, era a ésta última a quien correspondía señalar los recursos que procedían, así como la forma y plazo, razón por la cual no puede alegar ahora la entidad demandada falta de agotamiento de la vía gubernativa, cuando fue ella quien precisamente impidió su ejercicio por parte del particula. Por ello no prospera dicha excepción.

Frente a la excepción de caducidad planteada, consistente en haberse enterado el actor de la decisión administrativa en agoasto de 1992 y haber superado el término de los 4 meses la presentación de la demanda, la Sala aclara que el acto demandado no se limitó simplemente al resolver una queja sino además en sus motivaciones se encuentran los fundamentos de la demandada para tener ajustada a la ley la actuación de la Oficina Seccional de Sogamoso. Además, reitera la unidad jurídica de las dos desiciones, razón por la cual al haber sido comunicado el último acto el 21 de enero de 1993 y al haber sido presentada la demanda el 2 de marzo del mismo año, la acción no había caducado.

Por último, la excepción de ineptitud de la demanda por haberse incluído pretensiones imprecisas y abstractas, así como peticiones subordinarias que solicitan declarar la responsabilidad administrativa, no tratándose de una acción de reparación directa, tampoco encuentra prosperidad, pues lo cierto es que es en el estudio de fondo donde le corresponde al juez acceder o no a una determinada pretensión.

5.- Antes de proceder al análisis de los cargos es preciso hacer un recuento de los hechos así: La Empresa Nacional de Bosques Limitada compró a Alfonso López Guevara 7.000 hectáreas de terreno, teniendo en cuenta para tal negociación el certificado expedido por el Registrador Seccional de Instrumentos Públicos de Sogamoso distinguido con el No. 279 de 4 de marzo de 1975, que a la letra dice: "Que por escritura No. 2787 del 31 de diciembre de 1974 Notaría 15 de Bogotá, registrada el 6 de enero de 1975, Libro 1, A tomo 2, página 25, partida 243, matriculada en el libro de Mongua, Ana Joaquina Hernández García vendió a Alfonso López Guevara 7.000 hectáreas del predio de mayor extensión denominado "Cuchijao", ubicado en la vereda de Sirguazá, municipio de Mongua...Por consiguiente Alfonso López Guevara, es propietario inscrito de las 7.000 hectáreas en el predio alinderado en general anteriormenta y determinado por su situación".

La negociación entre la demandante y el señor López Guevara se efectuó a través de la Escritura Pública No. 427 de 21 de marzo de 1975, registrada el 18 de abril del mismo año. Al solicitar la Empresa Nacional de Bosques Limitada un nuevo certificado de libertad se enteró que en relación con la Escritura No. 427 de 1975, la naturaleza jurídica del acto es "falsa tradición", especificación: enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto. En virtud de lo anterior la actora solicitó directamente a la Superintendencia de Notariado y Registro la corrección en el registro de la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726 de la Oficina de Sogamoso, pues, con perjuicio suyo, la última calificación sustituyó la adquisición que tenía sobre unos derechos libres de vicios o cualquier clase

de gravámenes, por una nueva y actual que simplemente refiere la transferencia de unos derechos sucesorales en cuerpo cierto. De lo anterior deriva la actora el perjuicio consistente en la imposibilidad de otorgar garantía hipotecaria sobre el inmueble.

Los anteriores hechos se encuentran comprobados en este proceso mediante el aporte de los documentos expedidos por la Oficina Seccional de Registro de Instrumentos Públicos de Sogamoso y las copias de las Escrituras Públicas Nos. 427 de 21 de marzo de 1975 y 2787 de 31 de diciembre de 1974.

Para analizar los cargos, el Tribunal esboza las razones contenidas en el Oficio demandado No. 01073 de 21 de enero de 1993, expedido por el Jefe de División de Vigilancia de Registro de Instrumentos Públicos de la Superintendencia de Notariado y Registro:

a): No hubo cambio de matrícula porque el No. 05064 correspondía al antiguo sistema y con la implantación del folio real o folio de matrícula inmobiliaria se le otorgó el No. 095-0001726, para lo cual no se requería notificar a los interesados, ni adelantar actución administrativa alguna.

b): La apertura de un folio real y traslado de la tradición puede hacerse a solicitud de parte o de oficio. A partir del registro de la Escritura No. 462 del 28 de abril de 1977 claramente quedó demostrado que sólo había habido negociación de derechos y acciones sucesorales, pues no hay sentencia de adjudicación.

c): La Oficina de Sogamoso no procedió a realizar nueva calificación de actos registrados sino que se limitó a transcribir la tradición del inmueble en mención de los libros del antiguo sistema.

d): Las escrituras porsteriores a la No. 90 de 1956 no expresan enajenación sucesoral en cuerpo cierto. Al realizar el estudio jurídico, si hay plena tradición del dominio se anota en la primera columna; cuando carece de éste, se anota en falsa tradición, que fue lo que ocurrió en el caso concreto.

e): Cuando se expidió el certificado No. 279 de 4 de marzo de 1975 no se había implantado el nuevo sistema, carecían de fondo real.

Analizando los cargos resulta cierto que para establecer la propiedad de un bien inmueble que se pretende comercializar, se parte de la certificación de las Oficinas de Registro, pues es la inscripción en el registro el acto por el cual se solemniza la tradición de dichos bienes; tal registro hace fe pública y es la base de las negociaciones de este tipo de bienes.

A la fecha de expedición del certificado No. 279 se encontraba vigente el decreto Ley No. 1250 de 1970 que en su artículo 80, modificado por el artículo 20 de la Ley 29 de 1973, señaló que el Gobierno Nacional por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro establecería paulatinamente el nuevo sistema de registro inmobiliario, debiendo

quedar implantado antes del 31 de diciembre de 1974. La negociación efectuada tuvo como base la presentación por parte del vendedor del certificado No. 279 expedido por la Oficina Seccional de Sogamoso, el cual, de acuerdo con la explicación de la misma Superintendencia, fue expedido bajo el anterior sistema por no haberse implantado aún el sistema, y por ende carecía de folio real.

La Oficina Seccional de Sogamoso en aplicación de los dispuesto en el artículo 83 del Decreto Ley No. 1250 de 1970, al entrar en vigencia el nuevo sistema, debió iniciar el proceso de inscripción con los títulos que le iban siendo presentados, anotando en el folio de matrícula de cada inmueble el número y la fecha del certificado de tradición y libertad por tiempo no inferior a 20 años, a fin de que el mismo sirviera "para testimoniar los antecedentes de los derechos inscritos".

El proceso de inscripción se inició con la Escritura Pública No. 462 de 28 de abril de 1977, de la Notaría 21 de Bogotá, contentiva de la venta de "500 hectáreas del predio de mayor extensión denominado Cuchijao, ubicado en el municipio de Mongua, vereda Sismosa, venta de Richard Probst Barbosa a José Dolores Trujillo Ríos, adquirido por Probst Barbosa de Ana Joaquina Hernández García".

Atendiendo al texto del artículo 20 de la Ley 29 de 1973, el sistema debió estar implantado antes del 31 de diciembre de 1974, de tal forma que cuando llegó para registro la Escritura Pública No. 427 de 21 de marzo de 1975, la Oficina Seccional de Sogamoso debió proceder a dar aplicación al artículo 83 del Decreto Ley No. 1250 de 1970, abriendo el folio real de matrícula. De haber acatado la administración los preceptos mencionados, la catora hubiese conocido en forma oportuna cuál era la situación jurídica del título que llevaba a registro, y no años después, cuando obtuvo un certificado de libertad a fin de otorgar una garantía hipotecaria por un crédito solicitado.

De lo anterior se desprende que al no haber realizado en forma oportuna la administración la apertura del folio real de matrícula, debió entonces enterar a la actora de la apertura de dicho folio ante la presentación de una escritura posterior, cuestión que no efectuó.

Resulta lógico para el administrado deducir que las certificaciones que expide la administración están en un todo ajustadas a lo reflejado en sus archivos y acorde con los ordenamientos legales. De no ser así, corresponde a la administración dar aviso a los interesados, previa adopción de las medidas tendientes a enderezar su actuación.

La parte actora habiendo presentado la escritura con posterioridad a la fecha que en el nuevo sistema de registro debía estar implantado, actuó de ahí en adelante bajo la convicción de que tales hechos le dieron el derecho de dominio sobre el inmueble objeto de la Escritura de compraventa No 427 de 1975, correspondiente a 7.000 hectáreas de terreno y no como simple adquiriente de derechos sucesorales.

La Sala no encuentra aceptable la motivación dada por la Superintendencia de Notariado y Registro en el sentido de que no había necesidad de comunicar al interesado

ni de iniciar actuación administrativa alguna por tratarse simplemente del acatamiento de un precepto legal, toda vez que la implementación del sistema contenido en el Decreto Ley No. 1250 de 1970 fue tardía, lo cual impone dar aviso oportuno y previo a quienes figuraban como titulares de derechos en relación con el predio adquirido por la actora.

Resulta cierto que antes de la apertura del folio real de matrícula por parte de la Oficina Seccional de Sogamoso se habían registrado las Escrituras Nos. 2787 de 1974 y 427 de 1975, con las cuales ha debido abrirse dicho folio de matrícula.

Encuentra prosperidad el cargo de violación al principio de publicidad del artículo 29 de la Carta Política bajo la consideración de desconocimiento del debido proceso, en armonía con el artículo 80 del decreto ley No. 1250 de 1970, puesto que el hecho de que la apertura del folio real de matrícula haya sido por fuera del término y oportunidad a que alude la ley (sin que a juicio de la Sala implique pérdida de competencia de la Oficina Seccional para hacerlo) imponía darle publicidad a tal actuación que previamente implicaba el estudio y calificación jurídica de todas las escrituras elevadas a registro, estudio que concluyó con la anotación de falsa tradición, y no como pleno dominio del registro de la escritura presentada por la parte actora.

Ante la prosperidad de este cargo se hace innecesario el examen de los restantes, que a la postre concluyen en las mismas consideraciones tenidas en cuenta por la Sala.

Frente al planteamiento de indebida escogencia de la acción que hiciera la Agencia Fiscal, si bien es cierto que la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria constituye un hecho de la administración, no lo es menos que en el presente caso se demandó la decisión adoptada por la Superintendencia de Notariado y Registro que no accedió a la petición de ordenar a la Oficina Seccional de Sogamoso corregir el registro de matrícula inmobiliaria que viene certificando en la actualidad los derechos que tiene la parte actora sobre el predio.

En consecuencia, se declarará la nulidad de las peticiones primera y segunda (entendida esta última como decisión administrativa y no como fallo), así:

1.- De toda la actuación administrativa adelantada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, Seccional Sogamoso, Departamento de Boyacá, y que culminó con el acto mediante el cual se le dio calificación jurídica de enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto al listado de actos y negocios relacionados en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726.

2.- De la decisión expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro que obra en Oficio No. 01073 de 21 de enero de 1993, expedido por el Jefe de División de Vigilancia de Registro de Instrumentos Públicos, que negó la solicitud de corrección de calificación dada a la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726.

En lo atinente a los perjuicios, la parte actora los estimó en la suma de $200.000.000 o los que procesalmente se demostrarán, pero no arrimó ninguna prueba al proceso sobre

el monto de los perjucios que la negativa o corrección del folio de matrícula inmobiliaria le hubiesen acarreado. Además, del hecho de que no hubiese podido otorgar garantía hipotecaria sobre el bien inmueble, por no estar acreditado el real derecho de dominio, no se derivó la cuantía de los perjuicios ni se probaron los mismos.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la parte actora sustenta su inconformidad con la sentencia apelada, así:

La sentencia recurrida encontró suficientemente probado el cargo de desconocimiento del derecho de audiencias y defensa (artículo 29 Constitución Política) y por violación al debido proceso dispuso la nulidad de todos los actos administrativos con los cuales el Registro había incurrido en una indebida calificación jurídica del negocio celebrado entre las partes contratantes.

Sin embargo, el fallador, como si se tratara de una acción de simple nulidad, se abstuvo de reconocer el restablecimiento del derecho consistente en reconocer que el actor había adquirido derechos de dominio y plena posesión, imponiéndose así la necesidad de un nuevo registro en primera columna del folio en sustitución y su inscripción como cuerpo cierto, y en su defecto el pago de las indemnizaciones de rigor.

Consideró el *a-quo* que la actora no había demostrado en debida forma el daño y los perjuicios por ella sufridos, desconociendo la diferencia que existe entre ser propietario y desposeido respectivamente, que es la misma que existe entre ser titular del derecho de dominio en propiedad inmobiliaria y no serlo en absoluto. El fallador dejó de ver la lesión derivada del acto administrativo que despoja a un particular del título de dominio, cuando éste ha sido adquirido de buena fe.

La decisión proferida por el a quo incorcondante con la naturaleza de la acción interpuesta por la demandante. El fallo, visto por sus consecuencias, nada tiene que ver con lo solicitado en el *petitum.*

El fallo recurrido acoge con acierto la acusación de ilegalidad que la actora le reprocha al conjunto de actos administrativos materia de la demanda, reconociendo que fue por razón del certificado de tradición y carácter de sus atestaciones que la demandante convino en el negocio de compraventa inmobiliaria con su tradente, pues dicho instrumento le reconocía al vendedor la capacidad para transferir los derechos de dominio materia de negociación. Vendedor y comprador obraron de buena fe al culminar sus negociaciones con los requisitos *ad solemnitatem* correspondientes, toda vez que el mismo vendedor había adquirido esos mismos derechos en condición del tercero de buena fe y el certificado de dominio lo reconocía a él como titular de dominio.

El fallador acogió en síntesis todas las censuras expuestas por la actora en su escrito de demanda y alegatos de conclusión.

La sentencia afecta de nulidad los actos demandados porque fueron erráticos e ilegales, y si la ilegalidad de la actuación administrativa quedó demostrada, no se entiende

entonces el por qué la sentencia niega la orden del debido registro y con ello el restablecimiento del derecho,o en subsidio de las indemnizaciones correspondientes.

El debido registro y con ello el reconocimiento de que la demandante había adquirido válidamente el derecho de dominio y la plena posesión, constituyen el fundamento de la acción impetrada y la esencia de la petición principal.

La sentencia viola en forma directa la ley sustancial por indebida interpretación del artículo 85 del C.C.A., en cuanto confunde la acción contencioso subjetiva de restablecimiento del derecho con la acción de simple nulidad o contencioso objetiva popular de que trata el artículo 84 *ibídem.*

Asímismo, la sentencia viola directamente el artículo 90 de la Carta Política, en armonía con los mandatos constitucionales de que tratan los artículos 4o., 123, 228 y 230 ibídem, pues de haberse tenido éstos en cuenta, el a quo habría advertido la responsabilidad que le asiste al Estado para responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables cuando su causa obedezca a la acción u omisión de las autoridades públicas, según lo ordena la norma de normas (artículo 4o.).

El sentenciador omitió desde este punto de vista la sujeción con que los servidores deben ejercer sus funciones (artículo 123 de la Carta Política); y el hecho de que en tratándose de funciones administrativas de justicia deberá prevalecer la ley sustancial (artículo 228*ibídem*), con el fin de satisfacer, entre otros, el principio de equidad (artículo 230 *idíbem*).

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de los Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado estima qye es acertada la decisión del Tribunal en cuanto declara la nulidad de los actos administrativos en la forma como lo hizo, pero incompleta ya que no provée sobre la corrección de los registros, no obstante haber encontrado que hubo error de la Oficina de Registro al modificar en sus asientos lo acordado en las escrituras aportadas por la actora que, en efecto, se refieren a la enajenación del derecho de dominio sobre 7.000 hectáreas del predio Cuchijao, y no como finalmente se calificó de adquisición de derechos y acciones sucesorales sobre el mismo, con desconocimiento de lo indicado en el artículo 37 del Decreto Ley No. 1250 de 1970, debiendo ser adicionado el fallo del Tribunal en éste sólo aspecto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala advierte, en primer término, que la sentencia objeto del presente recurso sólo fue impugnada por la parte actora en lo desfavorable, esto es, en cuanto al restablecimiento del derecho y los perjuicios por ella solicitados.

En consecuencia, la Sala no entra a estudiar los fundamentos tenidos en cuenta por el a quo para declarar la nulidad de los actos administrativos acusados, en razón de que puede desconocer el principio de lo reformatio *in pejus.*

En esencia, el fundamento del recurso lo hace consistir la demandante en la consideración de que la sentencia apelada confundió la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por ella instaurada con la acción de simple nulidad, y por ello no la restableció en su derecho.

Al respecto, observa la Sala que en tratándose de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por regla general, al declararse la nulidad de los actos demandados, la consecuencia es, que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de la expedición de los actos anulados.

En el caso *sub-exámine* no es cierto que la sentencia haya confundido los dos tipos de acciones. Lo que ocurre es que lo que la parte actora solicita a título de restablecimiento del derecho, no es consecuente con el que efectivamente corresponde en virtud de la declaratoria de nulidad; y además, porque solicita perjuicios que no guardan relación de causalidad alguna con la expedición de los actos acusados.

En efecto, la demandante a título de restablecimiento del derecho solicita lo siguiente:

1o): En forma principal:

a): Se declare que la Empresa Nacional de Bosques Limitada es titular del derecho de dominio y de la plena posesión del lote de terreno con cabida de siete mil (7000) hectáreas, descrito en la Escritura Pública No. 427 de 21 de marzo de 1975, de la Notaría 15 del Circuito de Santa Fe de Bogotá, al cual corresponden los linderos de que trata el certificado de Registro No. 279 de 4 de marzo de 1975, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos, Seccional Sogamoso, Departamento de Boyacá.

b): Se declare que los precitados derechos de dominio en favor de la Empresa Nacional de Bosques Limitada no se encuentran afectados por ningún gravamen hipotecario, embargo judicial o demanda civil actualmente vigentes, arrendamientos o anticresis otorgados por medio de escritura pública; que aquéllos no se encuentran inscritos bajo condiciones resolutorias del dominio y que tampoco han sido constituidos en patrimonio de familia inembargable, todo esto y salvo las constancias de embargo y cancelación de embargos que actualmente aparecen consignadas en el certificado de tradición de 24 de agosto de 1992, expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Sogamoso y por el lapso comprendido entre el 1o. de enero de 1955 y hasta la fecha de admisión de la presente demanda.

c): Se condene a la Nación –Superintendencia de Notariado y Registro– a pagar a favor de la Empresa Nacional de Bosques Limitada, los daños y perjuicios, inicialmente estimados en la suma de doscientos millones de pesos ($200.000.000), o los que procesalmente se demuestren de acuerdo con el trámite previsto en los artículos 178 y 179 del C.C.A., en armonía con los artículos 308, 334 y 339 del Código de Procedimiento Civil.

d): Se condene a la Nación –Superintendencia de Notariado y Registro– a pagar en favor de la Empresa Nacional de Bosques Limitada, los perjuicios morales inicialmente estimados en el equivalente a dos mil gramos oro.

2o): Como pretensión subsidiaria:

Se declara la responsabilidad administrativa de la Nación - Superintendencia de Notariado y Registro - en los asuntos materia de la presente demanda y en el evento de que no fuere posible reconocerle a la Empresa Nacional de Bosques Limitada el pleno restablecimiento de sus derechos, se le indemnice con una suma total de siete mil millones de pesos ($7.000.000.000) equivalentes a un millón de pesos ($1.000.000) por cada una de las siete mil hectáreas, cuyo derecho de dominio aquella adquirió por acto de compraventa.

Por su parte, lo declarado nulo en la sentencia de primera instancia fue lo siguiente:

1o): Toda la actuación administrativa adelantada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Seccional Sogamoso en el Departamento de Boyacá y que culminó en el acto mediante el cual se le dio calificación jurídica de enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto al listado de actos y negocios relacionados en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726.

2o): La decisión expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro que obra en el Oficio No. 01073 de 21 de enero de 1993, expedido por la Jefe de División de Vigilancia de Registro de Instrumentos Públicos, que negó la solicitud de correción de la calificación dada en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726.

Al ser declarada nula toda la actuación administrativa que culminó con el acto mediante el cual se le dio calificación jurídica de enajenación de derechos sucesorales en cuerpo cierto al listado de actos y negocios relacionados en la matrícula inmobiliaria No. 095-0001726, el consecuente restablecimiento del derecho es que la administración inicie nuevamente dicha calificación, llevando a cabo el debido proceso que en efecto debe ser respetado en toda actuación, sea administrativa o judicial, de conformidad con el artículo 29 de la Carta Política, cuya violación fue el fundamento de la sentencia recurrida para declarar la nulidad referenciada y el cual se encuentra contemplado en el decreto ley No.1250 de 1970.

De lo anterior se desprende que no es dable a la Jurisdicción Contencioso Administrativa declarar que la demandante es titular del derecho del dominio y plena posesión del lote de terreno de 7000 hectáreas a que se contrae la presente demanda, como tampoco ordenar que el nuevo registro se efectúe en la primera columna del folio de matrícula inmobiliaria, como lo pretende el demandante, pues su objeto no es dirimir conflictos entre particulares, ya que ellos es competencia de la Justicia Civil Ordinaria, razón por la cual dicha pretensión será denegada.

Por las mismas razones tampoco encuentra viable la petición de que esta Jurisdicción declare que los derechos de dominio en favor de la demandante no se encuentran afectados por ningún gravamen hipotecario, embargo civil, arrendamientos, anticresis, etc., otorgados por medio de escritura pública.

En cuanto a los perjuicios solicitados, la demandante afirma que estos tienen como causa la pérdida del derecho de dominio sobre el predio en cuestión.

Sobre el particular, estima la Sala que al no aparecer demostrados en el proceso dichos perjuicios, esta circunstancia releva a la Sala de hacer pronuncimiento alguno al respecto, resultando así válida la aseveración que sobre el particular hizo el *a-quo*.

La entidad demandada al reiniciar la actuación administrativa, como consecuencia de la nulidad de los actos administrativos acusados, con base en los documentos que allí abren y garantizando el debido proceso, determinará si en efecto hubo o no equivocación al considerar que lo que se vendían eran simples derechos sucesorales, o, por el contrario, si se transfirió el pleno dominio sobre cuerpo cierto, para lo cual, una vez establecido, deberá registrar dicha venta en la casilla corresponda.

Lo anterior, permite concluir, que no procede el restablecimiento del derecho como lo pretende la accionante en forma principal, así como tampoco en forma subsidiaria, toda vez que no existe relación de casualidad entre los perjuicios alegados y la reparación del daño solicitada, con el fundamento de la declaratoria de nulidad de los actos acusados.

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

FALLA:

1o.) CONFÍRMASE la sentencia apelada.

2o.) Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

MANUAL DE REGLAMENTOS AERONÁUTICOS/DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE AERONÁUTICA CIVIL/FONDO AERONÁUTICO CIVIL- Funciones/**QUEMAS-**Prohibición/**PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE/ACTIVIDAD AERONÁUTICA/VIGILANCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS/DAAC-** Funciones

> **La medida de prohibir "... toda clase de quemas dentro de un radio de 15 kilómetros de límite de los aeropuertos", adoptada mediante el acto acusado, en ningún momento implica un desarrollo de naturaleza reglamentaria de las citadas disposiciones legales con el propósito de prevenir y controlar la contaminación del ambiente, sino que su finalidad no es otra distinta a la de lograr las más óptimas condiciones ambientales para reducir los riesgos de operación de la actividad aeronáutica del país y garantizar, en cuanto a dicho aspecto se refiere, la seguridad de la navegación aérea.**

DECRETOS/LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS- Alcances/ **NORMAS VIGENTES AL MOMENTO DE LA EXPEDICIÓN DEL ACTO-** Inexistencia

> **En cuanto a la alegada violación de los art. 41 "y siguiendo" de la ley 09 de 1979; 104 "y siguiente del decreto reglamentario 2104 de 1983 y 78 "y concordantes" del decreto 02 de 1979, la Sala hace notar a la parte actora que resulta un imposible jurídico predicar su quebrantamiento por el acto acusado, toda vez que dicha norma no existía al momento de expedirse aquél, es decir en el año de 1974. En razón de ello, la Sala se abstiene de analizar tales acusaciones, pues el examen de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse efectiblemente con relación a las disposiciones a "las que**

debían estar sujetos", como lo expresaba originalmente el art. 84 del C.C.A. o "las normas en que deberían fundarse", como lo expresa el art. 14 del decreto ley 2304 de 1989, lo cual se traduce en el respeto a las normas superiores vigentes al momento de su expedición, salvo en relación con las disposiciones constitucionales frente a las cuales puede darse el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente.

MANUAL DE REGLAMENTO AERONÁUTICOS/COMPETENCIA/DAAC-Autoridad aeronáutca/**SEGURIDAD/CÓDIGO NACIONAL DE RECURSOS NATURALES/REGLAMENTACIÓN-**Inexistencia/**DERECHO DE PROPIEDAD-**Límites/**FUNCIÓN SOCIAL**

El Estado, a través del DAAC, cumple con las funciones de protección de la vida y bienes de las personas en el ejercicio del transporte aéreo mediante la expedición de actos como aquél cuya nulidad se solicita, para lo cual está expresamente autorizado por el art. 1782 del Código de Comercio, en cuanto señalar que a éste corresponde "... dictar los reglamentos aeronáuticos". Al titularizar en la "autoridad aeronáutica", es decir, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, la función de reglamentar y clasificar..." los servicios áereos, los explotadores y las rutas, y señalará las condiciones que deberán llenarse para obtener los respectivos servicios de operación, con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros, eficientes y económicos, que al mismo tiempo garanticen la estabilidad de los explotadores y de la industria aérea en general", ello significa a juicio de la Sala, que la seguridad constituye el objetivo básico y esencial de toda reglamentación en materias aeronáuticas, como lo ha considerado esta corporación en diversos pronunciamientos. Y que en tal virtud, el acto cuya nulidad se impetra regula una materia propia y consustancial de los reglamentos aeronáuticos. El acto acusado no constituye reglamentación alguna del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente en materia de contaminación ambiental, sino el válido y legítimo ejercicio de funciones expresamente asignadas por la ley a la "autoridad aeronáutica". El art. 30 de la Constitución de 1886 establecía que la propiedad es una función social que implica obligaciones" prescripción repetida en el art. 58, inciso segundo de la actual carta, y el art. 333 de la actual Constitución resalta la primacía de los derechos y deberes al estatuir que "la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. Todo ello incuestionablemente se traduce en que la prohibición establecida en el acto acusado es una medida que tiende a asegurar que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúa con seguridad para así brindar la debida protección a la vida de los pasajeros, de la tripulación y de los terceros situados en tierra, al igual que a los bienes de estos y de las empresas transportadoras, sin que ello implique una limitación arbitraria del derecho de propiedad privada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 2346. Actor: Hernán Guillermo Aldana Duque y Otro.

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 los ciudadanos y abogados Hernán Guillermo Aldana Duque y Oswaldo Hernández Ortíz, en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del numeral 6.1.17 del Manual de Reglamentos Aeronáuticos, adoptado mediante Resolución No. 2450 de 19 de diciemhre de 1974, expedida por el Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Es del siguiente tenor:

"6.1.17 Prohibición de quemas. Quedan terminantemente prohibidas toda clase de quemas dentro de un radio de 15 kilómetros de límite de los aeropuertos. Los administradores de los mismos podrán solicitar el concurso de las autoridades para el estricto cumplimiento de esta disposición y para la aplicación de las sanciones a que haya lugar de acuerdo con la ley".

b.- Los hechos de la demanda

Ellos hacen referencia a la expedición del acto mediante el cual se adoptó el Manual de Reglamentos Aeronáuticos, a las disposiciones legales que expresamente se invocan en su epígrafe como fundamento del mismo, cuyo texto transcribe en lo pertinente y al contenido del acto acusado.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de víolación

La parte actora invoca como fundamentos de derecho los principios consagrados en los "Artículos 2o.; 6o.; 58; 79; 80, 82, 84, 114; 115; 120 ord. 3o., 7o., 22; 132; 135; 150-1 y 2; 152; 189-11; 209 y 237 de la Constitución Nacional, así como las normas concordantes y complementarias de la Carta Politíca", y hace mención expresa a los referentes a la potestad reglamentaria, a la competencia del Congreso para regular el ejercicio de las libertades y derechos individuales y a la regulación del poder de policía, e igualmente, como disposiciones de orden legal y reglamentario que consagran dichos principios y desarrollan los citados preceptos constitucionales, las siguientes: "Decreto

Ley 1355 de 1970, Decreto Ley 522 de 1970, que constituye el Código Nacional de Policía; Decreto Ley 2811 de 1974 Artículos 73, 74, 75 y concordantes que es el Código de Recursos Naturales Renovables y del Medio Ambiente; Decreto Ley 2332 de 1977, reorgánico del Departamento Administrativo Nacional de Aeronáutica Civil; Ley 09 de 1979, artículos 41 y siguientes y Decreto 577 de 1983; Decreto Ley 410 de 1971, Código de Comercio, Artículo 1860 y concordantes ya en parte citados; Decreto Ley 01 de 1984, por el cual se adoptó el Código Contencioso Administrativo, y sus modificatorios, entre ellos, el Decreto Ley 2304 de 1989, Código de Procedimiento Civil; Código de Régimen Político y Municipal y Código de la C.A. (sic). El Decreto Ley 02 de 1982 y su decreto modificatorio 2206 de 1983, y el Decreto 2104 de 1983".

De otra parte, en el acápite de la demanda titulado "Disposiciones Violadas y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN", la parte actora considera que el acto acusado transgrede las siguientes normas, por las razones que, expresadas en dicho acápite y reafirmadas en el alegato de conclusión se sintetizan a renglón seguido bajo la forma de cargos (fls. 6 a 21 y 145 a 154):

Primer cargo.- Violación directa de los artículos 189-11 "y concordantes" de la Carta Política; 73, 74 y 75 del Decreto Ley 2811 de 1974; 41 "y siguientes" de la Ley 09 de 1979; 104 "y siguientes" del Decreto Reglamentario 2104 de 1983 y 78 "y concordantes" del Decreto 02 de 1979, puesto que el acto acusado implica un desarrollo de naturaleza reglamentaria de las citadas disposiciones legales que regulan la eliminación de residuos orgánicos mediante el procedimiento de las quemas, actividad legalmente autorizada en forma limitada. Es decir, las normas superiores no prohíben la actividad agroindustrial de quema de materias orgánicas, lo que si hace dicho acto de categoría inferior al Decreto Reglamentario.

En efecto, el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, regula, entre otras actividades, "... la conducta humana, individual o colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos y del ambiente", y establece además diferentes mandatos relacionados con la atmósfera y el espacio aéreo nacional, tales como los consagrados en sus artículos 6o; 8o. literal e) inciso segundo; 18; 28, 45 literal c); 73; 74 y 75 literales a) y d) (que se transcriben en lo pertinente), y de conformidad con el citado artículo 74, "... la actividad de descarga o vertimiento en la atmósfera de humos u otras sustancias está sujeta a regulación, pero no a una prohibición indiscriminada. Se hace la anterior observación, pues existen quemas de origen agroindustrial que están científicamente reguladas, que no se hacen indiscriminada o arbitrariamente, sino para el desmonte o la limpieza de terrenos. No obstante, el acto acusado al implantar una prohibición absoluta de las quemas obviamente las incluye a todas, incurriendo entonces en clara violación de la norma superior, lo que no se justifica ni aún dentro del límite de los quince kilómetros de los aeropuertos a que alude el acto acusado, pues el vertimiento de las quemas agroindustriales está controlado y correspondería al Departamento de la Aeronáutica demostrar que todas

estas quemas perjudican la navegación aérea. Una prohibición de esta clase por vía general, es asunto de competencia del legislador, por cuanto implica claras restricciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales constitucionalmente protegidos". Con base en los indicados artículos 74 y 75, se recalca que el vertimiento de humos en la atmósfera no está prohibido *per se*; éste se regula y sólo puede prohibirse cuando sobrepasa los niveles fijados, a más de las excepciones tratándose de quemas con fines agrícolas (Decreto 02 de 1979, artículo 127).

En consecuencia, "del resumen de transcripción de las disposiciones legales y reglamentarias que preceden, y de sus antecedentes constitucionales se deduce que tanto la ley (Ley 09 de 1979 - Decreto Ley 2811 de 1974), como sus reglamentos autorizan las quemas para fines especiales, sujetas a controles del Gobierno - Ministerio de Salud o sus entidades delegadas, pero no las prohíben en forma absoluta e indiscriminada como sí lo hace el acto administrativo inferior acusado "(subrayas de la parte actora).

Segundo cargo.- El acto acusado infringe los artículos 1782, 1790, 1860 y 1873 del Código de Comercio que se invocan como fundamento del mismo, puesto que ellos no regulan la materia tratada por aquél ni autorizan a la Aeronáutica Civil para establecer restricciones a las libertades individuales y al ejercicio del derecho de propiedad de terceros, que es zona reservada a la ley. De lo anterior se desprende que el acto acusado, en primer término se expidió sin fundamento legal alguno, pues los citados artículos del Código de Comercio "... no autorizan al Jefe del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para reglamentar por sí solo la ley en los aspectos relativos a la contaminación ambiental u otros asuntos de naturaleza policiva y, bien por el contrario, la Ley 09 de 1979 y sus decretos reglamentarios le asignan esa función al Ministerio de Salud y sus organismos dependientes, y, de otra parte, la Constitución Política atribuye la potestad reglamentaria de la ley al Presidente de la República, potestad reglamentaria indelegable y propia".

Por consiguiente, el Código de Comercio únicamente autoriza a dicha dependencia del Estado para establecer pautas o reglas técnicas en la actividad aeronáutica y en las precisas áreas de su especialidad, pero de ninguna manera para dictar normas que desarrollen y complementen las leyes o regulaciones sobre la propiedad privada, y mucho menos en cuanto a la disposición de bienes particulares en cuanto puedan afectar el medio ambiente mediante el uso de quemas o produzcan inseguridad.

Tercer cargo.- Violación de los artículos 189-11, 150-2 y concordantes de la Carta Política, por cuanto la competencia formal para reglamentar el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente y la Ley 09 de 1979, que regulan con base en la Constitución lo relativo a las quemas, como expresión del derecho de propiedad"... en sus aspectos de *jus abutendi, utendy, fruendi"* (sic) es del Presidente de la República y no del funcionario que expidió el acto acusado, quien procedió a reglamentar "...supuestamente el Código de Comercio lo que según reiterada jurisprudencia es competencia exclusiva y excluyente del Gobierno... (...)... incompetencia

además por la materia, por cuanto no podía establecer el Departamento Administrativo Nacional de Aeronáutica, por una simple resolución, disposiciones más restrictivas que las consagradas para los particulares en leyes y reglamentos...".

El acto acusado también desconoce las disposiciones de los literales a) a e) del artículo 75 del Código en mención y no puede sobrepasarlos ni desconocerlos al prohibir absolutamente las quemas que las aludidas disposiciones legales y reglamentarias regulan pero no prohíben.

Además, ninguna disposición del Decreto 2332 de 1977, reorgánico del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, lo autoriza para reglamentar la ley ni para regular los aspectos referentes a la contaminación ambiental. Se agrega que el alcance del Manual de Reglamentos Aeronáuticos y las competencias que de él se derivan ya fueron precisadas por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de febrero 6 de 1981, en el sentido de que "El Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil no puede sustituir al legislador ni al gobierno so pretexto de dictar reglamentos aeronáuticos".

Cuarto cargo.- Violación del artículo 58 de la Carta Política en concordancia con el artículo 669 del Código Civil, por cuanto el acto acusado limita el ejercicio del derecho pleno de propiedad de terceros, sin que la ley previamente haya considerado las razones de interés social o de utilidad pública que autorizan la expedición de la norma, ni tampoco con el condigno resarcimiento patrimonial que esta prohibición implica.

Si bien los derechos de los particulares ceden al interés público o social, debe tenerse en cuenta que en ningún caso esa carga pública adicional que soporta el particular es gratuita, pues en esos casos el legislador siempre prevé la consiguiente indemnización, bien sea por la expropiación del bien respectivo, o por la afectación de alguno de los elementos de la propiedad, pues implicará limitación al derecho de dominio.

De otra parte, "si de acuerdo con conocidas normas de seguridad aérea relativas a la aproximación de aviones, en las cuales los corredores aéreos deben estar protegidos, lo prudente cuando se construyen los aeropuertos es tomar desde un comienzo las providencias necesarias para que en estos no existan motivos que impidan la seguridad aérea, so pretexto de defender la vida de los ciudadanos como lo ordena la Constitución Política Civil para justificar su imprevisión entrar a afectar el derecho de propiedad de terceros, no solo sin fundamento legal alguno, sino también abusando de sus competencias administrativas".

En lo relativo al argumento de la defensa según el cual el acto acusado se fundamenta en normas que se derivan de la Organización Internacional de Aviación Civil, se aclara que el hecho de que Colombia pertenezca a una organización mundial de esa clase no quiere decir que sus regulaciones tengan vigencia y aplicación en nuestro derecho interno, salvo que se adopten mediante un tratado internacional aprobado en la forma prevista en la Carta Política. Por ello, "las recomendaciones que fueron llevadas y traducidas al

expediente en materia de seguridad aérea de dicho organismo, no tienen otro alcance que promover interesantes indicaciones en esa materia, pero sin valor jurídico alguno".

d.- Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de demanda, la parte demandada se opone a la pretensión de la actora con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 52 a 56):

Como quiera que el artículo 1782 del Código de Comercio otorga al Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil la facultad de dictar reglamentos aeronáuticos, debe tenerse presente que el legislador pretendió señalarle atribuciones autónomas a fin de robustecer y garantizar el ejercicio eficiente de sus funciones.

Frente al acto acusado se precisa que dicha dependencia del Estado ejerce como una de sus principales funciones la de prestar los servicios necesarios para garantizar la eficacia de los servicios aéreos, función ésta que se concretiza en velar porque en el país las aeronaves puedan realizar sus operaciones aéreas dentro de los marcos de seguridad establecidos a nivel mundial por la Organización Internacional de Aviación Civil "OACI", organismo creado en el seno de la Convención de Chicago de 1944, ratificada por Colombia mediante la Ley 12 de 1947.

La existencia del acto acusado obedece a razones de protección de la seguridad aérea y se fundamenta en lo dispuesto por el artículo 2o. inciso segundo de la Carta Política. Por ello, "... el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil ha desarrollado las medidas administrativas y técnicas, con apoyo en los anexos que la OACI expide y los cuales se constituyen en fuente material de la normatividad aeronáutica, obligando por tanto a los particulares a cumplir las mínimas reglas técnicas para garantizar el sano y seguro desarrollo de la actividad aeronáutica. Prevalece entonces la protección de la seguridad aérea que tiene en su esencia un contenido de interés colectivo y en tal sentido los intereses personales o particulares deben subordinarse al interés general. La propiedad privada por tanto sufrirá limitaciones en el ejercicio de su uso y goce por cuanto las quemas de un radio de 15 kilómetros (sic) implica grave riesgo para la seguridad aérea", puesto que pueden producirse las circunstancias que se enumeran a continuación:

> "1. El humo que produce la quema puede constituirse en un momento dado en un obstáculo para los vuelos visuales que se están desarrollando en inmediaciones del aeropuerto o en aproximación, impidiendo a los pilotos observar su recorrido de aproximación y de vuelo, es importante hacer claridad que en un radio de 15 kilómetros alrededor del aeropuerto generalmente se efectúan operaciones de reconocimiento, de tránsito de espera o de aproximación de las aeronaves a la pista.
>
> "Los obstáculos constituyen una preocupación en el desarrollo de la actividad aeronáutica hasta el punto que en el mismo manual se considera la necesidad de determinar las superficies de despeje y las alturas máximas de las construcciones que se extienden alrededor de los aeródromos.

"De esta manera se han diseñado unas áreas imaginarias oblicuas. y horizontales que se extienden a lo largo y ancho de los aeródromos y tienen por objeto delimitar el radio de acción sobre el cual pueden desplazarse y desarrollarse las operaciones áreas de las aeronaves en aproximación, tránsito o decolaje.

"El humo que expide la quema se constituye entonces en un bloqueo visual que impide el desarrollo normal de las operaciones aéreas visuales.

"Las partículas que expide la quema condensadas en el humo pueden afectar directamente a las turbinas de las aeronaves ya que estas se insertan dentro de ésta impidiendo su normal funcionamiento.

"Las quemas por otro lado producen desórdenes atmosféricos, ya que el calentamiento del oxígeno genera vacíos con las corrientes de los vientos, disminuyendo la concentración de oxígeno lo que afecta el rendimiento de los motores y la trayectoria constante de la aeronave. Esta circunstancia sumada a la operación de aproximación en donde la aeronave viene reduciendo potencia, podría contribuir a un fatídico resultado".

e.- La actuacion surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 1o. de julio de 1993, se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 38 a 44).

Mediante proveído de 11 de noviembre del citado año se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas exclusivamente por la parte demandada (fls. 68 a 70).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto procedieron a ello la parte actora y el mencionado funcionario (fls. 145 a 154 y 155 a 159).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, por las razones que se sintetizan a continuación.

Dado que la resolución contentiva del acto demandado se expidió el 19 de diciembre de 1974, ello excluye del estudio de su legalidad las normas posteriores que la parte actora considera violadas: La Ley 09 de 1979 y los Decretos Reglamentarios 02 de 1979 y 2104 de 1983.

Mediante el Decreto 1721 de 1960 se fijaron las funciones del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, entre las cuales se señala a cargo de la División de

Seguridad Aeronáutica la de preparar, en general, las normas y reglamentos que sean necesarios con el fin de garantizar la seguridad del comercio y el transporte aéreo (art. 14, lit.g). Así mismo, el literal í) del mismo artículo dice que corresponde a tal dependencia "preparar normas y reglamentos referentes a las áreas de aproximación de los aeropuertos..." y, finalmente señala como función de la Oficina de Relaciones Internacionales la de "tramitar los asuntos relacionados con la O.A.C.I.". Se señala que el Manual de Planificación de Aeropuertos de dicha Organización enseña que "los basureros y los incineradores pueden crear un problema de humo" y que "Debe tenerse en cuenta también, que aquellas industrias que emiten ruidos molestos, olores repugnantes y humo, o que crean interferencia electrónica con las operaciones aéreas deben tener atención especial antes de ser situadas en el aeropuerto".

Como lo afirman varios declarantes y la entidad demandada, es de conocimiento que "el humo que produce la quema, es un obstáculo visual para el desarrollo de la actividad aeronáutica, que las partículas condensadas que expiden las quemas pueden afectar directamente a las turbinas de las aeronaves y el calentamiento del oxígeno genera vacíos en las corrientes de los vientos disminuyendo la concentración de oxígeno que afecta el rendimiento de los motores y la trayectoria constante de la aeronave. Esta circunstancia sumada a la operación de aproximación en donde la aeronave viene reduciendo la potencia podría contribuir a un fatídico resultado"'.

De otra parte, si la Aeronáutica Civil omite las medidas y precauciones indicadas en las normas técnicas de navegabilidad aérea, es responsable ante usuarios y terceros por incumplir el mandato constitucional de garantizar la vida y bienes de los pasajeros.

Finalmente, "no hay duda sobre el carácter de autoridad aeronáutica que tiene la entidad demandada y, como tal, está investida de facultades legales para emitir reglamentos tendientes a garantizar la seguridad en la prestación de un servicio que tiene un contenido de interés colectivo, que va por lo tanto de la mano del principio de prevalencia del interés general sobre el particular".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como quiera que en los cargos primero a tercero de la demanda se cuestiona la constitucionalidad y legalidad del acto acusado, bajo el argumento central de la incompetencia del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil para expedirlo (en adelante "DAAC", hoy Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil, Decreto 2171 de 1992), por cuanto, en sentir de los actores, sus mandatos no guardan relación alguna con las normas invocadas para ello, e implican un desarrollo de naturaleza reglamentaria de las disposiciones legales que, en materia de recursos naturales renovables y de protección al medio ambiente regulan y autorizan en forma limitada la eliminación de residuos orgánicos mediante el procedimiento de quemas, cuya titularidad está radicada en cabeza del Presidente de la República por expreso mandato del artículo 189-11 de la Carta Política, la Sala los analizará en su conjunto, dada la convergencia de los raciocinios sobre

el concepto de violación de las normas cuyo quebrantamiento se discute, la excepción de aquellos que se relacionan con la limitación impuesta al ejercicio del derecho pleno de propiedad privada, por cuanto los mismos se replantean, *mutatis mutandis*, en el cuarto cargo del libelo demandatario.

Como marco de referencia para el indicado análisis, se precisan los siguientes aspectos:

a) La Resolución No. 2450 de 19 de diciembre de 1974, "por la cual se adopta el Manual de Reglamentos Aeronáuticos", se expidió por el Jefe del DAAC "... en uso de sus facultades legales, y en particular las que le confieren entre otros los artículos 1782, 1790, 1801, 1815, 1860 y 1873 del Código de Comercio". Dicho Manual de Reglamentos Aeronáuticos contentivo del acto cuya declaratoria de nulidad se impetra, consta de ocho partes, cada una de ellas integrada por diversos capítulos, las cuales tratan sobre los siguientes asuntos o materias en un total de 746 folios (Anexo No. 1): "PARTE PRIMERA. Preparación del Personal Técnico de la Aviación Civil", "PARTE SEGUNDA. Licencia de personal"; "PARTE TERCERA. Actividades Aéreas Civiles"; "PARTE CUARTA. Normas de Operación, Aeronavegabilidad y Mantenimiento"; "PARTE QUINTA. Reglamento del Aire"; "PARTE SEXTA. Infraestructura Aeronáutica, Aeródromos e instalaciones"; "PARTE SÉPTIMA. Infracciones y Sanciones"; "PARTE OCTAVA. Seguridad Aérea".

b) Mediante el Decreto 3140 de 1968, vigente al momento de expedirse el acto acusado, se reorganizó el DAAC, se creó el Fondo Aeronáutico Nacional y se asignaron como funciones del primero de ellos y de su Jefe las siguientes:

> "ARTÍCULO 1o. El Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil tendrá las siguientes funciones:
>
> "a) Reglamentar, orientar e inspeccionar el comercio aéreo y la aviación civil.
>
> "b) Controlar el Tráfico Aéreo:
>
> "c) Efectuar la operación de las comunicaciones aeronáuticas;
>
> "d) Construir, instalar, administrar y mantener las obras y elementos de infraestructura aeronáutica;
>
> "e) Las que se relacionen en general con la Aviación Civil y el Transporte Aéreo y las demás que le señalen las disposiciones vigentes y que no sean contrarias al presente Decreto.
>
> "Parágrafo. El Departamento cumplirá las funciones contempladas en el ordinal d) (sic) de este artículo como administrador del Fondo Aeronáutico Nacional que se crea por el presente Decreto".

"ARTÍCULO 4o. Son funciones del Jefe del Departamento:

"a) Dirigir y Coordinar el trabajo de las dependencias que integran el Departamento, de acuerdo con la política o planes de acción adoptados;

"b) Ejercer las funciones de representante legal del Fondo Aeronáutico Nacional;

"c) Dirigir las investigaciones de accidentes aéreos, sin perjuicio de lo dispuesto. en el artículo 16;

"d) Preparar los proyectos de decreto o resolución ejecutiva y sancionar las resoluciones orgánicas, reglamentarias o de carácter general que sean de su competencia;

"e) Representar al Departamento en los actos o asuntos de carácter técnico o administrativo;

"f) Presentar al Consejo Nacional de Aeronáutica Civil los planes y programas del ramo y ejecutar las recomendaciones de dicho Consejo que fueren adoptadas por el Gobierno;

"g) Asesorar al Ministerio de Relaciones Exteriores en los asuntos internacionales de aviación y representar al país en conferencias multi o bilaterales;

"h) Dirigir, revisar y coordinar los trabajos de las Oficinas de Planeación y Jurídica del Departamento;

"i) Revisar y aprobar los proyectos de presupuesto de inversión y de funcionamiento que hayan de ser presentados al Departamento Nacional de Planeación y la Dirección General de Presupuesto, y el prospecto de utilización de los recursos del crédito;

"j) Suscribir los contratos relacionados con los servicios del Departamento;

"k) Colaborar con el Ministerio de Trabajo en la solución de asuntos laborales de aviación;

"l) Dirigir y coordinar las actividades de la Policía Aérea, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 89 de 1938;

"m) Aprobar las tarifas domésticas de transporte aéreo, con base en los estudios efectuados por la Oficina de Planeación y previo concepto del Consejo Nacional de Aeronáutica Civil;

"n) Las demás que le asignen las leyes".

c) En el mencionado Decreto se señaló como función de la División de Control Técnico entre otras, la de "Hacer recomendaciones sobre las medidas que considere

necesarias con el fin de impedir accidentes" (art. 6o. lit. e); de la Sección de Control de Operaciones de dicha División, la de "Preparar normas y reglamentos referentes a las áreas de aproximación a los aeropuertos, alturas máximas de las construcciones en éstos o en sus alrededores, sistemas de señales y luces en las mismas, etc., y sobre utilización del espacio aéreo" (art. 9o. lit. b); de la División de Servicios de Aeronavegación, la de evaluar necesidades en cuanto a facilidades aeronáuticas" (art. 11 lit. h), de la División de Seguridad Aeronáutica, las de "Revisar los factores humanos, materiales y ambientales para reducir los riesgos de operación" y "Recomendar medidas con el fin de prevenir accidentes" (art. 15 literales a) y f), y de la Oficina Jurídica, la de "Tramitar los asuntos relacionados con la OACI, representar a Colombia ante el Comité Jurídico de la misma y coordinar el conocimiento y adopción de las normas internacionales dadas por la OACI" (art. 34 lit. d).

d) Los artículos 1774, 1776 y 1782 del Código de Comercio disponen lo siguiente:

"ARTÍCULO 1774.- Se entiende por 'Aeronáutica Civil' el conjunto de actividades vinculadas al empleo de aeronaves civiles".

"ARTÍCULO 1776.- La Aeronáutica Civil se declara de utilidad pública".

"ARTÍCULO 1782.- Por 'autoridad aeronáutica" se entiende el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil o la autoridad que en el futuro asuma las funciones que actualmente desempeña dicha jefatura.

"Corresponde a esta autoridad dictar los reglamentos aeronáuticos".

Ahora bien, en primer término y en cuanto a la alegada violación de los artículos 41 "y siguientes" de la Ley 09 de 1979; 104 "y siguientes del Decreto Reglamentario 2104 de 1983 y 78 "y concordantes" del Decreto 02 de 1979, la Sala hace notar a la parte actora que resulta un imposible jurídico predicar su quebrantamiento por el acto acusado, toda vez que dichas normas no existían al momento de expedirse aquél, es decir en el año de 1974. En razón de ello, la Sala se abstiene de analizar tales acusaciones, pues el examen de la legalidad de los actos administrativos debe realizarse indefectiblemente con relación a las disposiciones a "las que debían estar sujetos", como lo expresaba originalmente el artículo 84 del C.C.A., o "las normas en que deberían fundarse", como lo expresa el artículo 14 del Decreto Ley 2304 de 1989, lo cual se traduce en el respeto a las normas superiores vigentes al momento de su expedición, salvo en relación con las disposiciones constitucionales frente a las cuales puede darse el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente.

En lo que atañe a la acusación de desconocimiento de losArtículos 73, 74 y 75 del Decreto-Ley 2811 de 1974 o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, y, como consecuencia de ello, del artículo 189-11 de la Carta Política, la Sala considera que la medida de prohibir "... toda clase de quemas dentro de un radio de 15 kilómetros de límite de los aeropuertos", adoptada mediante el acto

acusado, en ningún momento implica un desarrollo de naturaleza reglamentaria de las citadas disposiciones legales con el propósito de prevenir y controlar la contaminación del ambiente, sino que su finalidad no es otra distinta a la de lograr las más óptimas condiciones ambientales para reducir los riesgos propios de operación de la actividad aeronáutica del país y garantizar, en cuanto a dicho aspecto se refiere, la seguridad de la navegación aérea, en aras de cumplir con la obligación constitucional asignada a las "autoridades de la República, de "... proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares" (art. 16 de la Constitución Nacional de 1886, reiterada por el artículo 2o. de la Carta de 1991), protección ésta que constituye el fundamento de la mayoría de las actividades realizadas por el Estado, y que se cumplen no solo a través de la disposición de medios de defensa sino, de manera especial, a través de la creación de organismos eminentemente activos que en ocasiones prestan los denominados servicios públicos y, en otras regulan y vigilan su buen funcionamiento, como lo es en este último caso el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, algunas de cuyas funciones se referenciaron al inicio de estas consideraciones, y de las cuales se deduce claramente que el Estado, a través de dicho organismo, cumple con las funciones de protección de la vida y bienes de las personas en el ejercicio del transporte aéreo mediante la expedición de actos como aquél, cuya nulidad se solicita, para lo cual está expresamente autorizado por el artículo 1782 del Código de Comercio, en cuanto señala que a éste corresponde "... dictar los reglamentos aeronáuticos".

De otra parte, la Sala considera que el acto acusado no es susceptible de incurrir en transgresión de los artículos 1790 y 1873 del Código de Comercio, por cuanto al no regularse en él aspectos relacionados con los requisitos técnicos que deben cumplir las aeronaves o la operación y mantenimiento de ellas, ni sobre actividades de las escuelas de aviación, aeroclubes y entidades dedicadas a dicho mantenimiento, su eventual quebrantamiento solo podría darse en la medida en que otras disposiciones del Manual de Reglamentos Aeronáuticos que tratan sobre tales materias y cuya legalidad no se discute en este proceso, excedieran los mandatos de las indicadas normas superiores.

En lo que atañe al alegado desconocimiento de los artículos 1782 y 1860 del Código de Comercio, los cuales también se invocan en la Resolución contentiva del acto acusado como fundamento para su expedición, la Sala considera que, contrariamente a lo planteado en la demanda, dicho acto tiene pleno respaldo jurídico en ellos, "autoridad aeronáutica", es decir, el Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil, la función de reglamentar y clasificar "... los servicios aéreos, los explotadores y las rutas, y señalará las condiciones que deberán llenarse para obtener los respectivos servicios de operación, con la finalidad de lograr la prestación de servicios aéreos seguros, eficientes y económicos, que al mismo tiempo garanticen la estabilidad de los explotadores y de la industria aérea en general", ello significa a juicio de la Sala, que la SEGURIDAD constituye el objetivo básico y esencial de toda reglamentación en materias aeronáuticas,

como lo ha considerado esta Corporación en diversos pronunciamientos (Sección Tercera, Sentencias de 27 de febrero de 1975, Expediente No. 1389; 2 de noviembre de 1979, Expediente No. 2698; y 19 de agosto de 1982, Expedientes acumulados Nos. 2651 y 2326, Anales del Consejo de Estado, Nos. 445 y 446, págs. 316 a 327; 463 y 464, págs. Nos. 345 a 356 y 475 y 476, págs. Nos. 588 a 621, respectivamente y que, en tal virtud, el acto cuya nulidad se impetra regula una materia propia y consustancial de los reglamentos aeronáuticos.

Por las anteriores razones, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo de violación de los artículos 150-2 y 189-11 de la Carta Política de 1991 (artículos 76-1 y 120-3 de la anterior Constitución), por cuanto, como ya se analizó y definió, el acto acusado no constituye reglamentación alguna del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente en materia de contaminación ambiental, sino el válido y legítimo ejercicio de funciones expresamente asignadas por la ley a la "autoridad aeronáutica", en aras de lograr la plena y efectiva realización del mandato constitucional señalado en el artículo 16 de la Constitución de 1886, vigente al momento de expedirse el acto, y reiterado por el artículo 2o. de la Carta Fundamental de 1991.

Por último, en lo que se refiere al alcance de los reglamentos aeronáuticos de acuerdo con la jurisprudencia sentada por esta Sección en sentencia de 6 de febrero de 1981, en el sentido de que éstos no deben "... contener normas reglamentarias directas de la ley ni aquellas que establezcan el régimen de las personas de derecho público o privado o de sus dependencias administrativas..." sino únicamente "... preceptos o reglas técnicas relativas a todos los aspectos de la navegación aérea", sin que le sea posible al Director del Departamento Administrativo de Aeronáutica Civil "... sustituir al Legislador ni al Gobierno so pretexto de dictar reglamentos aeronáuticos" (Anales del Consejo de Estado Nos. 469, 4700, primer semestre 1981, págs. 237 a 248), la Sala reitera que lo dispuesto por el acto acusado no constituye reglamentación alguna de disposiciones del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, sino simplemente una medida que se estimó necesaria desde el punto de vista técnico para la prestación de los servicios aeronáuticos, tendiente a garantizar la operación segura y eficaz del transporte aéreo.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 58 de la Carta Política, que garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, en concordancia con el artículo 669 del Código Civil, la Sala considera que al plantear la acusación los demandantes hacen abstracción de otros mandatos constitucionales igualmente importantes y que están por encima de los demás establecidos en el mismo ordenamiento, si se observa la relevancia que adquieren a la luz del citado artículo 58.

En efecto, si el artículo 16 del ordenamiento constitucional vigente en el momento de expedirse el acto acusado establecía que "las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares") lo cual fue reiterado por el artículo 2o. de la actual codificación constitucional, y el artículo 95 señala como uno de los deberes de la persona y del ciudadano el de "respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios", y el artículo 30 de la Constitución de 1886 establecía que "la propiedad es una función social que implica obligaciones", prescripción repetida en el articulo 58, inciso segundo de la actual Carta, y el artículo 333 de la actual Constitución resalta la primacía de los derechos y deberes al estatuir que "la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común. (Subraya la Sala) todo ello incuestionablemente se traduce en que la prohibición establecida en el acto acusado es una medida que tiende a asegurar que la navegación en el espacio aéreo colombiano se efectúe con seguridad para así brindar la debida protección a la vida de los pasajeros, de la tripulación y de los terceros situados en tierra, al igual que a los bienes de éstos y de las empresas transportadoras, sin que ello implique una limitación arbitraria al derecho de propiedad privada, no sólo por lo expresado, sino por cuanto debe tenerse presente "... que todo derecho garantizado por la Constitución lo es en la medida en que su ejercicio no dañe a los demás ni obstruya la actividad estatal encaminada a los fines del interés colectivo", como lo puntualizó la H. Corte Constitucional en sentencia C-066 de 24 de febrero de 1993 (Gaceta de la Corte Constitucional, 1993, Tomo 2, Primera Parte, págs. 209 a 224).

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En las anotadas circunstancias al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad que ampara a los actos administrativos como el acusado, se procederá a denegar las súplicas de la demanda.

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.- DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha trece de julio de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de febrero 27/75, Exp. 1389 de nov. 2/79, Exp. 2698 de agosto 19/82 Exp. 2651 y 2326 de feb. 6/81.

DISTRITO CAPITAL-Régimen especial/**SERVIDORES PÚBLICOS/CONCEJO**-Facultades

La Sala considera que el art.12-21 del decreto 1421/93 no incurre en violación de los arts. transitorios 41, 53, 123, 125, 150, 322 a 324 y 374 de la Carta Política, como quiera que de su texto no cabe inferir que se atribuya al concejo distrital de la facultad de dictar de manera autónoma las normas que regulen las relaciones del distrito con sus servidores, ni las de carrera administrativa, sino, por el contrario, que dicha corporación administrativa deberá expedirlas con sujeción a lo que disponga la ley al respecto.

ACCIÓN DE NULIDAD/CONTROL DE LEGALIDAD/CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

La acción de nulidad no solo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos pueden violar no solamente la ley sino la constitución, y para hacer efectivo el control jurisdiccional frente a éste último evento la Carta Política lo instituyó en cabeza de la Jurisdicción Contecioso administrativa (art. 237 numeral 2 y 238)"

AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA/JUEZ-Facultades/**DEMANDA**-Interpretación/**DEMANDA**-Requisitos/**NOTIFICACIÓN/PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL**

En el auto mediante el cual se resolvió su admisión, la Sala, con fundamento en el poder de interpretación de la demanda reconocido al juez administrativo por la jurisprudencia, y en aplicación del principio de prevalencia del

derecho sustancial consagrado en el art. 228 de la Carta Política, dispuso tener como parte demandante al actor y como parte demandada a la nación Colombiana, representada por los Ministerios de Gobierno, Hacienda y Crédito Público y por el Director del Departamento Nacional de Planeación, quienes junto con el señor Presidente de la República suscribieron el decreto parcialmente enjuiciado. De otra parte, se hace notar al excepcionante que dentro de los requisitos señalados en el art. 137 del C.C.A. no se consagra el de indicar "...la necesidad de notificar a otras personas que tuviesen el interés directo en el asunto", pues tal decisión debe adoptarse en dicha providencia de conformidad con lo previsto por el art. 207 *ibídem*, como en efecto se procedió en ella ordenando su notificación, igualmente, al Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, por intermedio de su representante judicial, el Alcalde Mayor.

DISTRITO CAPITAL-Régimen jurídico aplicable/**CONCEJO DISTRITAL**-Legislación especial/**ALCALDE**-Funciones/**LEGISLACIÓN MUNICIPAL**-Aplicación residual al distrito capital

En el caso del distrito Capital la constitución política dedicó un capítulo especial al régimen del mismo (capítulo 4 título XI), y en el art.322 inciso 2o. previó que su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios... Ello significa que en materia de facultades del concejo y del alcalde, o falta de disposición constitucional, como en este caso, se aplican de preferencia las leyes especiales, como lo es el decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en el art. transitorio 41, y a falta de éstas las normas constitucionales y legales aplicables a los municipios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá , D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expedientes acumulados Nos. 2680 y 3051. Actores: José Antonio Galán Gómez y Héctor Ariel Prieto Manrique.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia para resolver las demandas que han dado lugar a los procesos de la referencia y que han sido acumulados, instauradas en ejercicio de la acción que consagra el artículo 84 del C.C.A. por los ciudadanos José Antonio Galán Gómez (Expediente No. 2680) y Héctor Ariel Prieto Manrique (Expediente No. 3051), tendientes a obtener la declaratoria de nulidad, total y/o parcial, de las disposiciones que se indican más adelante del Decreto 1421 de julio 21 de 1993, "Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa fe

(sic) de Bogotá", expedido por el Gobierno Nacional en uso de las atribuciones conferidas por el artículo trainsitorio 41 de la Constitución Política.

I.- ANTECEDENTES

a.- Los actos acusados, las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

A continuación se resumen los cargos formulados por los demandantes en contra de las disposiciones del citado decreto cuya declaratoria de nulidad impetran:

1o.- Expediente No.2680

Primer cargo.- El artículo 6o. que trata sobre "participación comunitaria y veeduría ciudadana", viola por omisión los artículos 2o., 13, 39, 55, 103 y 374 de la Constitución, pues al no incluir en su texto a los sindicatos y no ordenar a las autoridades distritales promover su organización, creación y capacitación, desconoce los derechos constitucionales de dichas organizaciones y de los demás entes enunciados en el citado artículo 103, de participar y concertar, violando así su derecho a la igualdad.

Segundo cargo.- El artículo 7o. que se refiere a la "Autonomía" del Distrito Capital está viciado de nulidad por desviación de poder, ya que al no determinar, conforme a lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 324 de la Constitución, la participación que corresponde a la capital de la República sobre las rentas departamentales que se causen en Santa Fe de Bogotá , deja de cumplir "... con el objetivo señalado en los artículos transitorio 41 y 324 de la Carta".

Dicho acto también incurre en abuso de poder al ordenar de, manera general y abstracta que "Las disposiciones de la Asamblea y de la Gobernación de Cundinamarca no rigen en el territorio del Distrito, salvo en lo que se refiere a las rentas departamentales que de conformidad con las normas vigentes, deban recaudarse en el Distrito, pues con esa prohibición se excluye la aplicación de normas proferidas por la Asamblea y por el Gobernador de Cundinamarca sobre temas no relacionados con las rentas, como por ejemplo algunas de carácter laboral o administrativo aplicables a los empleados departamentales que laboran en el territorio del Distrito, invadiendo así las competencias del Congreso y de los mencionados Departamento y Gobernador, señaladas en los artículos 150, 300 y 305 de la Carta, "... que a la postre resultan modificadas y violadas por el acto acusado, por las mismas razones antes expuestas, y al hacerlo transgrede el artículo 374 de la misma Carta".

Tercer cargo.- Al consagrarse en el artículo 12-8 que corresponde al Concejo Distrital "Determinar la estructura general de la Administración Central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos", se limita dicha competencia a la Administración Central, en contravía de lo indicado por el artículo 313-6 de la Carta respecto de los concejos municipales, de determinar la estructura de la administración municipal, central y descentralizada, y por

ello el Gobierno incurrió en abuso de poder ya que excedió las atribuciones conferidas por el artículo transitorio 41 "... en relación con el 322 *ibídem*, pues conforme a este último, el régimen administrativo del Distrito será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios', entendiéndose por estas últimas las invocadas en el artículo 313 de la Constitución Política y el Decreto Ley 1333/86". En razón de lo anterior, el Gobierno no podía modificar lo dispuesto por el artículo 92-3 del citado Decreto 1333 de 1986, pues el artículo 322 de la Carta ató al Distrito a las disposiciones vigentes para los municipios.

Cuarto cargo.- El artículo 12-21 está viciado de nulidad por abuso de poder y viola los artículos 41 transitorio, 53, 123, 125, 150, 322, 323, 324 y 374 de la Constitución, pues mientras dichas normas no mencionan el tema "relaciones laborales", el acto acusado, al referirse a los servidores del Distrito, entre ellos los trabajadores oficiales, asigna al Concejo la facultad de "expedir las normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito con sus servidores, especialmente las de Carrera Administrativa", siendo que el citado artículo 322 de la Carta no contempla la de establecer normas de carácter laboral, pues tal competencia está atribuida al Congreso por los artículos 53 y 150 *ibidem.*

De otra parte, el Gobierno Nacional no podía mediante el acto acusado asignar al Concejo Distrital la función de dictar normas sobre carrera administrativa, pues ella está atribuida al Congreso por el artículo 125 de la Carta.

Quinto cargo.- El artículo 18-6 viola los artículos transitorio 41, 322, 323, 324 y 374 de la Constitución, pues mientras que el citado artículo 323 solo prohíbe a los concejales hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, la norma acusada extiende la prohibición al Concejo Distrital de elegirlo como delegados en las entidades centralizadas.

Sexto cargo.- El texto del artículo 28-2 que a continuación se transcribe viola los artículos transitorio 41, 322, 323, 324 y 374 de la Constitución:

> "ARTÍCULO 28 Inhabilidades. No podrán ser elegidos concejales:
>
> "....
>
> "2. Quienes... (...)... se hubieren desempeñado como empleados o trabajadores oficiales en el Distrito, dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de la elección".

Se viola también el artículo 25 de la Carta, pues obliga a esos funcionarios a retirarse del empleo para ejercer su derecho político de ser elegido concejal del Distrito Capital.

Adicionalmente incurre en transgresión de los artículos 13, 40 y 127 de la Constitución, pues si el citado artículo 40 consagra el derecho de todo ciudadano a

participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que para hacerlo efectivo puede elegir y ser elegido, de ello resulta que el derecho que tienen los funcionarios públicos de participaren política y de ser elegidos sólo está limitado por el mandatodel inciso segundo del artículo 127 de la Carta, el cual noincluye en su prohibición a "los empleados públicos que no ejerzan jurisdicción, autoridad civil o política y no desempeñencargos de dirección administrativa, son subordinados o actúan enfunciones de ejecución o mero cumplimiento", ni a los trabajadores oficiales.

Además, conforme al artículo 93 de la Carta, el mencionado derecho político está consagrado en los tratados o convenios internacionales que se precisan en la demanda.

Conforme a lo anterior, el Gobierno no estaba facultado por los artículos 41, 322, 323 y 324 de la Constitución para modificar los derechos consagrados en los artículos 40 y 127 *ibídem*, de donde se concluye que, al hacerlo, invadió competencias del Constituyente, violando el artículo 374 de la Carta.

Séptimo cargo.- Los apartes del artículo 55 que se subrayan en la siguiente transcripción violan los artículostransitorio 41, 322, 323, 324 y 374 de la Carta, por abuso de poder:

> "ARTÍCULO 55. Creación de entidades. Corresponde al Concejo Distrital, a iniciativa del alcalde mayor, crear,suprimir y fusionar secretarías y departamentos administrativos, establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales y entes universitarios autónomos y asignarles sus funciones básicas. También le corresponde autorizar la constitución de sociedades de economia mixta. La constitución de entidades de carácter asociativo en los sectores de las telecomunicaciones y la ciencia y la tecnología se regíra por la Ley 37 de 1993, el Decreto-ley 393 de 1991 y las demás disposiciones legales pertinentes.
>
> "En ejercicio de la atribución conferida en el artículo 38, ordinal 6o., el alcalde mayor distribuirá los negocios y asuntos, según su naturaleza y afinidades, entre las secretarías, los departamentos administrativos y las entidades descentralizadas, con el propósito de asegurar la vigencia de los principios de eficacia, economía y celeridad administrativas.Con tal fin podrá crear suprimir, fusionar y reestructurar de dependencias en las entidades de la administración central sin generar con ello nuevas obligaciones presupuestales. Esta última atribución, en el caso de las entidades descentralizadas, la ejercerán sus respectivas juntas directivas".

Cuando el acto acusado dispone que sólo ainiciativa del Alcalde el Concejo puede suprimir y fusionarsecretarías y departamentos administrativos se modifican,violándolos, los artículos 313-6 y 315 de la Carta y el artículo 92-3 del Decreto 1333 de 1986, pues el Gobierno no estaba facultado por los artículos transitorio 41, 322, 323 y 324 *ibídem* para proceder a ello. Las atribuciones conferidas al Gobierno por el artículo transitorio 41 tenían por finalidad complementar lasnormas vigentes para los municipios

ya que el artículo 322 citado es claro al ordenar que el régimen político, fiscal y administrativo del Distrito Capital "... será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios". Es decir, el Constituyente no facultó al Gobierno para modificar, derogar o adicionar las normas establecidas en la Constitución y en la ley para los municipios, las cuales deben aplicarse, sin modificaciones al Distrito Capital.

Cuando en el acto acusado se dispone que el Alcalde Mayor tiene la atribución de crear, suprimir, fusionar y reestructurar dependencias de las entidades de la administración central "... sin conformidad con los acuerdos respectivos..." se "... modifica arbitrariamente lo dispuesto por los artículos 313-6 y 315-4 de la Constitución Política, violando el artículo 374 de la misma".

Octavo cargo.- "El inciso segundo del artículo 56 del Decreto 1421/93 que se transcribe a continuación, viola los artículos transitorio 41, 322, 323 y 324 de la Constitución Política, viola los principios de democracia y participación y el deber que tiene el Estado de facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación consagradas en los artículos 1 y 2 de la Carta, y es expedido con abuso de poder".

"Los miembros de las juntas directivas de las demás entidades descentralizadas del Distrito serán designados libremente por el alcalde mayor".

Si como se explicó en el numeral anterior, el Gobierno no estaba facultado para modificar el régimen administrativo básico del Distrito establecido en las normas constitucionales que arriba se señalan, sino para complementarlas disposiciones vigentes para los municipios, es claro que el acto acusado modifica arbitrariamente el artículo 157 del Decreto 1333 de 1986, pues elimina de las juntas directivas de los establecimientos públicos distritales la participación de los delegados de entidades cívicas o de usuarios del servicio o servicios cuya prestación corresponda a los citados establecimientos, lo cual "... no se compadece con lo dispuesto en ella (la Constitución) respecto de la democracia participativa".

Noveno cargo.- La expresión del inciso segundo del artículo 57, que se subraya en la siguiente transcripción, es violatoria de los artículos lo., 2o., 13, 40-7 y 374 de la Carta Política.

"Los empleados públicos que tienen derecho a designar delegados suyos en las juntas directivas, sólo podrán hacerlo acreditando funcionarios del nivel directivo de la administración".

La norma acusada discrimina a los empleados públicos que no perteneciendo al nivel directivo de la Administración, aspiran a ser elegidos como delegados de sus compañeros en las juntas directivas, violando sus derechos a la igualdad y a recibir la misma protección y trato, "... siendo que estos tienen igual derecho a participar en las elecciones para escoger

el delegado de los empleados en la Junta Directiva respectiva, en ejercicio del derecho señalado en el artículo 40-7 de la Carta".

Como quiera que el Gobierno no podía establecer excepciones adicionales a las consagradas en las normas cuya violación se discute, el acto acusado las modifica, invadiendo así la órbita de competencia del Constituyente, lo que implica la violación del artículo 374 de la Carta.

Décimo cargo.- El inciso final del artículo 93, cuyo texto se transcribe a continuación, está viciado de nulidad por ser violatorio de los artículos transitorio 41, 125, 322, 323, 324 y 374 de la Carta Política y fue proferido con abuso y desviación de poder.

"Serán de libre nombramiento y remoción los cargos de la planta de personal de la administración distrital que se asignen a los despachos de los alcaldes locales. La provisión y cambio de sus titulares se efectuarán a solicitud de los respectivos alcaldes".

El acto acusado modifica la clasificación de empleos de carrera, contenida en el Acuerdo 12 de 1987 expedido por el Concejo de Bogotá, y que fue elevada a categoría legal mediante la Ley 27 de 1992, violando así las citadas normas constitucionales, las cuales no facultaron al Gobierno "... para modificar la clasificación de los empleos en los órganos y entidades del Distrito Capital".

De otra parte, "dentro de los temas limitantes de las atribuciones transitorias indicadas en las precitadas normas no se halla el de clasificación de empleados de carrera y de libre nombramiento y remoción. No se puede aceptar que el régimen administrativo a que se refiere el artículo 322 de la Carta incluye la posibilidad de modificar, por vía de excepción, el carácter de carrera de algunos empleos, de reglamentar el art. 125 de la carta o de modificar la clasificación que contiene la Ley 27/92".

Décimo primer cargo.- El inciso final del artículo 121, cuyo texto se transcribe a continuación, viola los artículos transitorio 41, 125, 322, 323, 324 y 374 de la Carta y fue proferido con abuso y desviación de poder, por las mismas razones expuestas en el numeral anterior.

"Corresponde al veedor nombrar y separar libremente los funcionarios de su dependencia".

Décimo segundo cargo.- Los artículos 125 a 134 violan los artículos transitorio 41, 322, 323, 324 y 374 de la Constitución, pues ellos no atribuyeron al Gobierno facultades para expedir un régimen laboral del Distrito o para modificar el ya existente, sino para expedir uno administrativo, que son dos cosas distintas.

Los actos acusados "mezclan" el derecho laboral, propio de los trabajadores oficiales y particulares, con el derecho administrativo, propio de los empleados públicos, "... y en esto radica el concepto de extralimitación, abuso de poder, que vicia de nulidad el conjunto de disposiciones aquí acusadas.

Las siguientes disposiciones, en particular, regulan materias para las cuales no estaba facultado el Gobierno, así:

a) El inciso primero del artículo 125 clasifica a los servidores públicos de la administración en empleados públicos y trabajadores oficiales.

b) El inciso segundo del artículo 125 clasifica a todos los funcionarios de los establecimientos públicos distritales como empleados públicos y transfiere a sus juntas directivas la facultad de clasificarlos en empleados públicos o trabajadores oficiales, "... siendo que conforme lo ha dicho la jurisprudencia contenciosa, no corresponde a las juntas directivas efectuar la clasificación sino a otros entes". De esa manera el citado acto modifica los artículos 156, 288, 292 y 293 del Decreto 1333 de 1986 y el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, aplicables al Distrito Capital por mandato del artículo 322 de la Carta. Esta acusación se hace extensiva al inciso tercero del mismo artículo 125.

c) "Respecto del inciso primero del art. 126 acusado, cuando afirma que no son de carrera los cargos de período fijo, sin aclarar que según lo dispuesto por la Ley 27 de 1992, no son de carrera los cargos de período fijo conforme a la Constitución y la ley, modifica esta norma sin estar autorizado para ello, según ya se explicó, con lo cual incurre en abuso de poder" (sic).

d) Al disponerse en el inciso segundo del artículo 126 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", el Gobierno modificó, sin estar facultado para ello, lo dispuesto por los artículos 2o, y 30 de la misma Ley 27 de 1992.

e) En cuanto al inciso primero del artículo 129 se reitera que el Gobierno carecía de facultades para reglamentar el régimen salarial y prestacional de los empleados del Distrito, consagrado en la Constitución y en la ley.

f) El inciso segundo del artículo 129 "... pretende hacer aplicar (sic) un régimen laboral que no es apropiado para empleados públicos ni trabajadores oficiales. La Ley 50 de 1990 contempla un régimen aplicable solamente a los trabajadores particulares en su parte individual con contadas excepciones, pero no son las relacionadas con los salarios y prestaciones".

Décimo tercer cargo.- El inciso séptimo del artículo 138, que consagra como principio presupuestal el de la inembargabilidad de las rentas y los recursos incorporados en el presupuesto distrital es violatorio de los artículos 25, 58, 63 y 90 de la Carta, pues ninguna de las atribuciones conferidas al Gobierno por los artículos transitorio 41, 322, 323 y 324 *ibídem* lo autorizó para desarrollar el artículo 63 de la misma que establece taxativamente los bienes inembargables y defiere a la ley, es decir al Congreso, la facultad de indicar cuales otros bienes tienen tal calidad.

Con la norma acusada se busca evadir soslayadamente la responsabilidad patrimonial del Estado - Distrito Capital, consagrada en el artículo 90 de la Carta, pues si es condenado judicialmente a responder por los daños, ya no habrá manera de ejecutar efectivamente la sentencia.

Décimo cuarto cargo.- El artículo 161, que trata sobre "Atribuciones de la Administración Tributaria", viola los artículos 41, 322, 323, 324 y 374 de la Constitución estableciendo "... prácticamente una reestructuración de la Administración Distrital al asignar funciones de tesorería - recaudación a la Secretaría de Hacienda, y al suprimir la Tesorería Distrital y convertirla en dependencia de la Secretaría de Hacienda...", para lo cual no estaba facultado el Gobierno. La asignación de funciones y la reestructuración de entes distritales no estaba contemplada como atribución transitoria del Gobierno Nacional. En el acto acusado se invade la competencia de los concejos para determinar la estructura de la administración y, sus dependencias, consagrada en el artículo 313 de la Carta Política.

Décimo quinto cargo.- El artículo 176, que contiene disposiciones transitorias sobre "Régimen de Transición", en su "inciso segundo" (sic) viola los artículos 41 transitorio, 322, 323 y 324 de la Constitución, pues mientras que el primero de ellos dispuso que el Gobierno Nacional "por una sola vez, expedir las normas correspondientes", la norma acusada "...busca prolongar esta oportunidad brindándole arbitrariamente al Gobierno distrital una nueva oportunidad de expedir normas que debieron ser materia de decisión por el Gobierno Nacional al expedir el estatuto orgánico de la ciudad".

El citado inciso también viola el artículo 374 de la Carta, pues conforme al artículo 313 *ibídem* corresponde al Concejo y no al Gobierno Distrital determinar la estructura de la administración.

La facultad que se concede al Gobierno Nacional en el "inciso segundo" (sic) del acto acusado para expedir normas sobre carrera administrativa viola el artículo 125 de la Carta, pues ella está atribuída privativamente al Congreso.

Décimo sexto cargo.- El artículo 180, que trata sobre "vigencia y derogatorias" viola los artículos transitorio, 322, 323 y 324 con la Constitución pues "... al derogar especialmente el Decreto Ley 1333 de 1986 (sic), no solo deja sin Código de Régimen Municipal a todos los municipios del país, sino que destruye toda la estructura jurídica que diseñó la Constitución Política en el artículo 322".

2o.- Expediente No. 3051

Primer cargo.- Al estatuirse en el artículo 12-8 que corresponde al Concejo Distrital "Determinar la estructura general de la Administración Central, las funciones básicas de sus entidades y adoptar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos", se viola el artículo 313-6 de la Carta Política, pues al limitarse dicha función al nivel "Central" se recorta o disminuye indebidamente la competencia constitucional

del Concejo "... para determinar la estructura, las funciones de sus dependencias y las remuneraciones salarialesde TODA LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL (Central y Descentralizada)".

Por consiguiente se solicita la declaratoria de nulidad de laexpresión "Central".

También se quebrantan los artículos 322 incisosegundo y transitorio 41 de la misma Carta, pues la "... palabra impugnada constituye un abuso de la competencia atribuida por lasnormas constitucionales, señaladas aquí. La competencia atribuídaal Ejecutivo, en razón de la materia se refería (exclusivamente)a la expedición de un régimen especial en lo político, lo fiscaly lo administrativo, constituído por normas generales con objetivos abstractos y no era para desvirtuar el régimenconstitucional. De acuerdo a la Constitución, la competencia para estructurar, señalar funciones de sus dependencias y remuneraciones a la Administración Municipal corresponde (sin distinción alguna) al Concejo de Santa Fe de Bogotá, y no al Alcalde Mayor de la misma ciudad".

Segundo cargo.-Los artículos 5o. inciso final, 118 a 124 y 176 ordinal 2o. en cuanto crean la Veeduría comoorganismo de control y vigilancia, entre otros, la reglamentany en el último de ellos se faculta al Alcalde Mayor para adoptarla nomenclatura de los cargos de dicha dependencia y su escala de remuneración, transgreden el artículo 313-6 de la Carta Política, pues se usurpa la competencia del Concejo Distrital "... para determinar la estructura, las funciones de susdependencias y las remuneraciones salariales de TODA LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL (Central y Descentralizada)". De igualmanera quebrantan los artículos 322 inciso segundo y transitorio41 de la Carta Política, por las mismas razones señaladas en el cargo anterior.

Por consiguiente se solicita declarar la nulidadde las siguientes expresiones: "... y la Veeduría...", contenida en el artículo 5o. inciso final, y "... adoptar la nomenclatura de los cargos y su escala de remuneración; ...", contenida enel artículo 176 ordinal 2o., y de los artículos 118 a 124 del Decreto 1421 de 1993.

b.- Las razones de la defensa

1o. El expediente No. 2680

En el escrito de contestación de la demanda elapoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, como entidad interesada en las resultas del proceso, se opone a las pretensiones del actor, para lo cual aduce, en síntesis, lo siguiente (fls. 247 a 258):

En relación con el primer cargo.- El artículo 6o. no incurre en las violaciones normativas que se le atribuyen, nide él se desprende deseo alguno de entrar en el campo de lasimposiciones jurídicas que señala el actor, sino, por elcontrario, es fiel intérprete de las normas constitucionales cuya transgresión se invoca. El que en dicho acto no se hayan incluídoa otras organizaciones no implica que se les esté impidiendo elejercicio del derecho de asociación.

En relación con el segundo cargo.- Como consecuencia de las facultades otorgadas por el Constituyente al Gobierno Nacional para expedir un régimen especial para el Distrito Capital sobre aspectos políticos, fiscales y administrativos, el artículo 7o. del decreto parcialmente acusado no podía tratar asuntos referentes al Departamento de Cundinamarca, pues se hubiere incurrido en abuso y exceso de dichas facultades. Además, las supuestas violaciones son "...materia de discusión de ley, independiente a la del estatuto orgánico analizado".

En relación con el tercer cargo.- Se indica que esta Sección en providencia de marzo 10 de 1994 (Expediente No. 2651, Actor: José Cripriano León Castañeda) ya definió lo relativo a la aplicación de las normas constitucionales y legales sobre los municipios en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

En relación con el cuarto cargo.- "En virtud al origen de donde deviene la norma, le otorga la calidad especialísima de 'estatuto orgánico', de tal forma que cuando se hable (sic) en que el Concejo Distrital ejercer sus atribuciones dentro de la Constitución y la ley, se trata precisamente del citado decreto" (1421 de 1993). Además el artículo 12-21 acusado no tiene el propósito de crear situaciones o condiciones diferentes a las de ley; pues, por el contrario, el precepto tiene una redacción precisa en cuanto señala como atribución del Concejo la de "Expedir las normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito con sus servidores, especialmente los de Carrera Administrativa".

En relación con el quinto cargo.- La prohibición establecida en el artículo 18-6 no pugna con las normas que invoca el actor, pues el Concejo tenía que asumir su real función de corporación administrativa y no continuar como coadministrador. Por ello en el acto acusado se precisa de manera fehaciente el mandato del artículo 323 de la Carta Política, en cuanto a que los concejales y los ediles no podrán hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas.

En relación con el sexto cargo.- La causal de inhabilidad establecida en el artículo 28-2 para quienes aspiren a ser elegidos Concejales del Distrito Capital está acorde con el artículo 312 de la Carta Política en cuanto dispone que corresponde a la ley determinar las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, pues el decreto acusado tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley.

En relación con el séptimo cargo.- el apoderado del Distrito Capital manifiesta que esta Sección en providencia de mayo 14 de 1984 (Expediente No. 3708) precisó que la competencia de los concejos para crear entidades descentralizadas del orden municipal está condicionada a la iniciativa del alcalde, de conformidad con lo prescrito por la Constitución.

En relación con el octavo cargo.- Se reitera que las disposiciones que integran el Decreto 1421 de 1993 poseen la misma fuerza normativa que la ley, las cuales, por constituir el régimen especial para el Distrito Capital tienen "... aplicación directa con supremacía frente a cualquier norma de inferior categoría. El Decreto 1333 de 1986 tiene

radio de acción para cuestiones municipales, quedando entendido que las disposiciones aplicables para Santa Fe de Bogotá son las incorporadas en el acto demandado".

En relación con el noveno cargo.-El apoderadodel Distrito Capital manifiesta que son válidas las mismas razones expresadas frente al sexto cargo.

En relación con el décimo cargo.-Como quiera queel artículo 123 de la Carta Política precisa que los empleadosy trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios son servidores públicos y la ley determinar el régimen aplicable y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, debe tenerse en cuenta que "quien desempeña la función del alcalde local tiene una relativa importancia dentro del área de su jurisdicción y la gran trascendencia de sus asuntos, generan lanecesidad de tener en su equipo de trabajo personas de su amplia confianza, configurando así el elemento subjetivo sobre la discrecionalidad de ciertos cargos de la administración". Porconsiguiente, "el legislador, y así lo consagra el Decreto 1421 de 1993, tiene la facultad constitucional para determinar excepciones a la carrera administrativa, según la hermenéutica del artículo 125 de la C.N.".

En relación con el décimo primer cargo.-El apoderado del Distrito Capital manifiesta que son válidas las mismas razones expresadas frente al cargo anterior,

En relación con el décimo segundo cargo.- Si el artículo 125 de la Carta Política dispone que no son de carrera,entre otros, los empleos de libre nombramiento y remoción y losdemás que determine la ley, los artículos 125 a 134 parcialmenteacusados no hacen cosa diferente que desarrollar los postuladosconstitucionales, máxime cuando el Decreto 1421 de 1993 tiene la incontrovertible categoría de ley.

En relación con el décimo tercer cargo.- El artículo 138 inciso séptimo está acorde con la facultad otorgada al Gobierno Nacional para determinar, entre otros, el régimen fiscal del Distrito Capital y, por ello, el acto acusado seexpidió conforme al artículo 63 de la Carta Política, que defierea la ley (Decreto 1421 de 1993) determinar "... los bienes que tendrán las características de inalienables, imprescriptibles e inembargables". Por ello, los ingresos corrientes y de capitaldel Estado requieren de una especial protección, "... que sedesprende de la supremacía del interés general sobre elparticular, ante el apetito desaforado de quienes ven en losdineros estatales la solución fácil en desmedro de una rectaadministración de justicia". Finalmente se advierte que el actoacusado tiene como antecedente en nuestra legislación "...el artículo 684 del decreto 1400 de 1970...", modificado por elDecreto 2282 de 1989, en el cual se consagra la inembargabilidadde los bienes señalados en dicho acto.

En relación con el décimo cuarto cargo.-Se reitera que el régimen especial para el Distrito Capital es elcontenido en el Decreto 1421 de 1993 por lo cual no le sonaplicables los preceptos del artículo 313 de la Carta Política. Además, el acto acusado "... corresponde al ejercicio defacultadesotorgadasparalegislarsobremateriasadministrativas, según la armonía del artículo transitorio 41 con el 322 de la Constitución.

El apoderado del Distrito Capital no se refiere a los cargos décimo quinto y décimo sexto formulados por el actor.

Finalmente se proponen las siguientes excepciones:

a) Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, pues mediante ella se ejerce "... la acción pública de nulidad por inconstitucionalidad consagrada en el artículo 237-2 de la Constitución Política/84 del C.C.A.", confundiendo la competencia del Consejo de Estado con la clase de acción que se pretende incoar.

b) La demanda no cumple con los requisitos de forma, pues no se designan las partes y sus representantes (art. 137 del C.C.A.), ni se indica la necesidad de notificar a otras personas que tuviesen interés directo en las resultas del proceso (art. 207 *ibídem*).

2o.- Expediente No. 3051

En el alegato de conclusión presentado por el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, como entidad interesada en las resultas del proceso, su apoderado judicial se opone a las pretensiones de la demanda, en sustento de lo cual aduce básicamente las mismas razones expresadas en el expediente No. 2680 sobre la naturaleza jurídica del Decreto 1421 de 1993 y el régimen especial que en él se consagra para el Distrito Capital, y añade lo siguiente en relación con los cargos formulados por el actor (fls. 184 a 190):

En relación con el primer cargo.- El artículo 12-8 no quebranta ninguna norma constitucional, ya "... que el Concejo puede determinar la estructura de la administración central de manera directa, en razón a la potestad que tiene sobre esta parte de la administración distrital, y en razón a la carencia de autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica, de cada una de las dependencias que la conforman".

En relación con el segundo cargo.- En cuanto a la solicitud de declaratoria de nulidad de la expresión "... y la Veeduría...", contenida en el artículo 5o., debe tenerse en cuenta que el Constituyente incorporó en la Carta Política conceptos sobre participación comunitaria y Veeduría ciudadana con el claro objetivo de estimular y fortalecer la intervención de todos los estamentos no gubernamentales en la gestión de los asuntos públicos. Por ello, dicho acto evidencia la armonía funcional de la Veeduría dentro del engranaje de los organismos de control.

Sobre las acusaciones que se formulan en contra de los artículos 118 a 124 del decreto parcialmente se hace notar que el actor no los analiza en forma individual frente a las disposiciones presuntamente violadas, por lo cual no se puede determinar las motivaciones que le asistieron para demandarlas, "... máxime cuando cada uno regula comportamientos diferentes y establece funciones que aunque conexas tienen efectos separados".

En cuanto a la expresión del artículo 176 cuya declaratoria de nulidad se impetra "... concluimos por observar y ser reiterativos que esta es una función propia del Concejo

Distrital, conforme a la orientación del artículo 313 en la Carta, que así lo hizo para el régimen municipal ordinario, y para el caso de Santa Fe de Bogotá está consagrado en el artículo 12 del Decreto 1421 de 1993, en desarrollo de los postulados del 322 y transitorio 41 del mismo estatuto constitucional".

c.- La actuación surtida

De conformidad con las normas del C.C.A., a las demandas se les dio el trámite allí previsto para los procesos ordinarios, dentro del cual merecen destacarse, en cada uno de ellos, las siguientes actuaciones:

1o.- Expediente No. 2680

Mediante providencia de 1o. de marzo de 1994 se dispuso la admisión de la demanda, se tuvo como parte demanda a la Nación, representada por los funcionarios que junto con el señor Presidente de la República suscribieron el decreto parcialmente acusado, a quienes se ordenó notificar personalmente dicha decisión, al igual que al Alcalde Mayor del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, y se denegó la solicitud de suspensión provisional (fls. 45 a 71).

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado planteó un conflicto de jurisdicción entre la Sala de lo Contencioso Administrativo y la Corte Constitucional para conocer de los procesos en los cuales se controvierte la constitucionalidad del Decreto 1421 de 1993 (fls. 261 a 272), que luego del trámite de rigor se dirimió en favor de esta Corporación por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, mediante providencia de 13 de octubre de 1994 (fls. 316 a 326).

Mediante proveído de 16 de febrero de 1995 se decretó la acumulacion de los procesos que ocupan la atención de la Sala (fls. 351 a 357).

Por auto de 3 de marzo de 1995 se abrió el proceso a pruebas y se decretaron las solicitadas por la parte actora (fls. 359 a 361).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para expresar su concepto no se hizo manifestación alguna.

2o.- Expediente No. 3051

Por auto de 16 de septiembre de 1994 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del artículo 12-8 parcialmente acusado y de los artículos 118 y 119 del decreto 1421 de 1993 (fls. 18 a 23).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 184 a 190 y 191 a 203, respectivamente.

d.- El Concepto del Ministerio Público

En el concepto emitido por el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación dentro del proceso No. 3051 se solicita denegar las pretensiones de la demanda, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación:

En relación con el primer cargo.-A pesar de quela redacción del artículo 12-8 acusado en forma parcial esconfusa y contradictoria, "... pues no resulta entendible cómoes que se utiliza por el Legislador la expresión general refiriéndose a la estructura de la Administración, para, arenglón seguido adicionar la palabraCENTRAL, término este que en buen romance, excluye un sector, es decir, el descentralizado y que se integra en un todo dentro de la estructura de la administración, en este caso, la Municipal... (...) ... la palabra Central que hace parte de la frase, permite, siguiendo su estricto tenor literal, concluir de la siguiente manera: a)que se ha introducido una antinomia en el cuerpo de la norma, atodas luces inconveniente por la confusión a que da origen; y b)que término central incorporado en el texto de la norma acusada, apesar de estar precedida la palabra administración, de la palabra general, ésta se refiere únicamente al Sector Central de la Administración Distrital, excluyendo el sector descentralizado,como así lo interpreta y entiende el actor". Añade que "... sise continúa con la lectura del Artículo 12 del Decreto 1421/93, sus numerales 9, 10, 16 y 17 están haciendo expresa referencia al Sector Descentralizado de la Administracion Distrital, comofunciones igualmente atribuidas al Concejo del Distrito de SantaFe de Bogotá, lo que entonces quiere decir, que el numeral 8 del artículo 12 del decreto demandado, aunque confuso en su redacción, se refiere a la estructura de la Admínistración Central, mientras que los numerales 9o., 10, 16 y 17 se refierena la estructura Descentralizada de la Administración Distrital".

En relación con el segundo cargo.- El Gobierno estaba facultado por el artículo transitorio 41 de la Carta paraexpedir el Estatuto Especial para el Distrito Capital y para establecer en el mismo su régimen fiscal político y administrativo. Por consiguiente, respecto del establecimiento del régimen admínistrativo, el Gobierno estaba facultado para determinar la creación de dependencias como la Veeduría; asignar sus funciones, determinar la planta de personal, calidadesdelcargo y, en general, regular todo lo atinente a este organismo de control.

Como quiera que "... la creación de dependencias –La Veeduría–, el señalamiento de sus funciones y la facultad que se otorgó al Gobierno Distrital para adoptar la nomenclatura delos cargos y su escala de remuneración, se enmarcan dentro delconcepto del Régimen Administrativo a que se refiere la NormaConstitucional, no es dable predicar de ellas su transgresiónal ordenamiento constitucional".

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala se pronuncia sobre las excepciones planteadas por el apoderado del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá en el proceso No. 2680.

Por lo que concierne a la excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, la Sala estimaque debe desecharse, pues como lo advirtió esta Sección en sentencia de 3 de febrero del año en curso (Consejero Ponentedoctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Actor: Domingo BandaTorregroza, Expediente No. 2589), y lo reitera en esta oportunidad, "... la acción de nulidad no solo puede dar lugar a un juicio de legalidad sino también de constitucionalidad, dado que los actos administrativos pueden violar no solamente la leysino la Constitución, y para hacer efectivo el controljurisdiccional frente a este último evento la Carta Política loinstituyó en cabeza de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (artículos 237 numeral 2 y 238)".

En lo relativo a la excepción consistente en quela demanda no cumple con el requisito establecido en el artículo137 ordinal 1o. del C.C.A., pues no se designan las partes y sus representantes, tampoco está llamada a prosperar, toda vez que en el auto mediante el cual se resolvió su admisión, la Sala, con fundamento en el poder de interpretación de la demanda reconocido al juez administrativo por la jurisprudencia, y en aplicación del principio de prevalencia del derecho sustancial consagrado en elartículo 228 de la Carta Política, dispuso tener como parte demandante al actor y como parte demandada a la Nación Colombiana, representada por los Ministros de Gobierno, Hacienda y Crédito Público y por el Director del Departamento Nacional de Planeación, quienes junto con el señor Presidente de laRepública suscribieron el decreto parcialmete enjuiciado. De otra parte, se hace notar al excepcionante que dentro de losrequisitos señalados en el artículo 137 del C.C.A. no se consagrael de indicar "... la necesidad de notificar a otras personas quetuviesen el interés directo en el asunto" (sic), pues taldecisión debe adoptarse en dicha providencia de conformidad con lo previsto por el artículo 207 *ibídem*, como en efecto seprocedió en ella ordenando su notificación, igualmente, alDistrito Capital de Santa Fe de Bogotá, por intermedio de su representante judicial, el Alcalde Mayor.

En consecuencia, las excepciones no prosperan.

En relación con los cargos primero y segundo del proceso No. 3051, tercero y décimo primero del No. 2680, en los cuales se discute la violación de los artículos 125, 313-6, 322 a 324, 374 y transitorio 41 de la Carta Política, por parte de los artículos 5o. inciso final, 12-8, 118 a 124 y 176ordinal 2o. e inciso final del decreto acusado, la Sala, como fundamento para denegar sus prosperidad, reitera los argumentos consignados en sentencia de fecha 3 de marzo de 1995 (Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Actor: NéstorGuillermo Franco González, Expediente No. 2691), en la cual seanalizaron y definieron acusaciones similares y/o conexas a lasformuladas en dichos cargos. En efecto, en la indicada providencia, esta Sección expresó lo siguiente:

"....

"Estima la Sala que el cargo (en contra del artículo 12-8) no está llamado a prosperar. En efecto, como se advirtió al resolver la solicitud de suspensión provisional, no es que la norma acusada hubiera sustraído de la facultad del Concejo la determinación de la estructura general de la administración descentra-

lizada por emplear la expresión 'central' sino que, en ella reguló lo relativo a la administración central y en el numeral 9o. del artículo 12 atendió lo concerniente a la administración deócentralizada. Es decir, en dos disposiciones previó lo que el artículo 313 numeral 6o. consagra en una sola,

"Por lo demás, reiteradamente esta Corporación ha precisado que las facultades atribuidas a los Concejos Municipales por el artículo 313 de la Carta Política y las asignadas a los Alcaldes en el artículo 315 ibídem, sólo pueden aplicarse respecto del Distrito Capital, atendiendo el orden jerárquico previsto en el artículo 322 ibídem.

"En efecto, en el caso del Distrito Capital la Constitución Política dedicó un capítulo especial al régimen del mismo (Capítulo 4. Título XI), y en el artículo 322 inciso 2o. previó que su régimen político, fiscal y administrativo será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios...'. Ello significa que en materia de facultades del Concejo y del Alcalde, a falta de disposición constitucional, como en este caso, se aplican de preferencia las leyes especiales, como lo es el Decreto 1421 de 1993, expedido con fundamento en el artículo transitorio 41, y a falta de éstas las normas constitucionales y legales aplicables a los Municipios.

"Estas consideraciones son valederas para desestimar el cargo de violación de los artículos 5o., 118 a 124 y 176 del Decreto 1421 de 1993, pues al no ser aplicable en este caso al Distrito Capital el régimen general de los Municipios previsto en la Carta Política y en las leyes, como antes se dijo, tienen aplicación preferente las leyes especiales, como el Decreto 1421 de 1993, contentivo de las disposiciones acusadas, en las cuales bien puede preverse, como facultad del Gobierno Distrital la adopción de la nomenclatura de los cargos de la Veeduría y su escala de remuneración" (paréntesis fuera de texto),

A continuación se analizan las restantes acusaciones formuladas en el proceso radicado bajo el No. 2680.

En relación con el primer cargo, en el cual seplantea la violación de los artículos 2o,, 13, 39, 55, 103 y 374del ordenamiento constitucional por parte del artículo 6o. deldecreto acusado, y luego del estudio de sus fundamentos, que son los mismos consignados en la solicitud de suspensión provisional, para la Sala es claro que no está llamado a prosperar, pues como lo concluyó nítidamente en el auto admisorio de la demanda para adoptar la decisión denegatoria de la medida precautelativa impetrada, y lo reitera en esta oportunidad, "... es indiscutibleque dicha disposición solo sería susceptible de transgredir en forma manifiesta las citadas disposiciones superiores en lamedida en que desconociese a los sindicatos el derecho queconsagra en su favor el artículo 103 de la Carta, de constituir mecanismos de representación en las diferentes instancias departicipación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública, pero de ninguna manera por el hecho de que no los incluya en su texto".

En relación con el segundo cargo, sobre violación de los artículos transitorio 41 y 324 inciso segundo de la Carta por parte del artículo 7o. acusado, debido a que en él no se determinó la participación que le corresponde a la capital de la República sobre las rentas departamentales que se causen en Santa Fe de Bogotá, la Sala estima que adolece de vocación de prosperidad, pues el hecho de que no se puntualice tal aspecto en manera alguna implica, per se, el quebrantamiento normativo que se le atribuye, menos aún si, como se observa, el artículo 162 del mismo estatuto demandado, cuya constitucionalidad no se discute, establece que "Las normas del estatuto tributario nacional sobre ... (...) ... determinación... (...)... de los tributos serán aplicables en el Distrito conforme a la naturaleza y estructura funcional de los impuestos de éste".

De otra parte, tampoco es de recibo el cargo de violación de los artículos 150, 300, 305 y 374 de la Carta Política, por las mismas razones con fundamento en las cuales se denegó la solicitud de suspensión provisional del inciso segundo del acto acusado, las que se reiteran y transcriben a continuación:

> "... el haberse dispuesto en su inciso segundo que 'las disposiciones de la Asamblea y de la Gobernación de Cundinamarca no rigen en el territorio del Distrito, salvo en lo que se refiere a las rentas departamentales que de conformidad con las normas vigentes, deban recaudarse en el Distrito', no implica de ninguna manera que el Departamento de Cundinamarca deje de dar aplicación a las normas en él vigentes sobre cualquier materia de que se trate. Adicionalmente la Sala considera que el citado mandato del inciso segundo del artículo 7o. acusado simplemente es la consecuencia lógica de la autonomía de que goza para la gestión de sus intereses, consagrada en el artículo 1o. del Decreto parcialmente demandado".

En relación con el cuarto cargo, formulado en contra del artículo 12-21 del decreto 1421 de 1993, el cual prescribe que "Corresponde al Concejo Distrital, de conformidad con la Constitución y la ley: "Expedir las normas que autorice la ley para regular las relaciones del Distrito con sus servidores, especialmente los de carrera administrativa", la Sala considera que éste no incurre en violación de los artículos transitorio 41, 53, 123, 125, 150, 322 a 324 y 374 de la Carta Política, como quiera que de su texto no cabe inferir que se atribuya al Concejo Distrital la facultad de dictar de manera autónoma las normas que regulen las relaciones del Distrito con sus servidores, ni las de Carrera Administrativa, sino, por el contrario, que dicha Corporación admnistrativa deberá expedirlas con sujeción a lo que disponga la ley al respecto.

En relación con el quinto cargo, en el cual se plantea el desconocimiento de los artículos transitorios 41, 322 a 324 y 374 de la Carta Política por parte del numeral 6 del artículo 18 acusado, en cuanto prevé que al Concejo le está prohibido "Elegir representantes, voceros o delegados suyos o de sus comisiones que deban tramitar o decidir asuntos de carácter general o individual que corresponda definir a las entidades y autoridades distritales", pues, según el actor, el citado artículo 323 solo prohíbe a los Concejales hacer parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas, más no como delegados en las entidades del sector central, la Sala considera que adolece de

vocación de prosperidad, por cuanto, como loexpresó esta misma Sección en sentencia de 9 de febrero de 1995(Consejero Ponente doctor Miguel González Rodríguez, Actor: José Cipriano León C., Expediente No. 2651), y lo reitera en esta oportunidad, "... el artículo 293 de la Constitución Políticadefirió a la ley la determinación de las calidades, incompatibilidades e inhabilidadeú de los ciudadanos elegidos porvoto popular y nada impide que una ley especial, como lo es el Decreto 1421 de 1993, pueda regular tales aspectos máxime si el artículo 322 de la Carta permite que a través de leyes especiales se determine el régimen administrativo del Distrito Capital, dentro del cual no resultan ajenas las prohibiciones a que se contraen las normas acusadas".

En relación con el sexto cargo, en el cual sediscute el desconocimiento de los artículos transitorio 41, 13,25, 40, 127, 322 a 324 y 374 del ordenamiento constitucional porparte del artículo 28-2, acusado, la Sala estima que tambiénadolece de vocación de prosperidad, no solo por las mismas razones expresadas en el análisis del cargo precedente, sino, adicionalmente, por cuanto el inciso tercero del indicado artículo 127 expresamente dispone que los empleados no contemplados en la prohibición establecida en su inciso anterior, a que se refiere el demandante, podrán participar en lasactividades de los partidos y movimientos y en las controversiaspolíticas "... en las condiciones que señale la ley", la cual, para el caso del Distrito Capital, la constituye el Decreto 1421 de 1993. De otra parte, bien vale la pena recordar al actor que las causales de inhabilidad o de incompatibilidad "...tienen porobjeto obtener dentro del campo de la función pública la más absoluta independencia de los funcionarios públicos y de quienesejercen funciones públicas, en la prestación de sus servicios, extendiéndola en el tiempo a quienes hayan dejado de pertenecera los cuadros de la administración, todo esto con un criterio desana moralidad administrativa" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente doctor Jaime Paredes Tamayo, Radicación No. 1624, Anales del Consejo de Estado, Segundo Semestre 1981, págs. 80 a 82).

.En relacion con el séptimo cargo, en el cual seplantea que el artículo 55, acusado, quebranta los artículos 313-6, 315, 374 de la Carta Política y 92-3 del decreto 1333 de 1986, debido a que el Gobierno no estaba facultado por los artículostransitorio 41 y 322 a 324 *ibídem* para modificar, derogar o adicionar las normas establecidas en la Constitución y en las leyes para los municipios, la Sala considera que ha de correr con la misma suerte que los ya analizados, pues se reitera que al disponer el inciso segundo del citado artículo 322 que el régimenpolítico, fiscal y admininistrativo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, "... ser el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios", de ello se infiere que las normas contenidas en el Decreto 1421 de 1993 constituyen el régimen especial a que debe someterse y que las disposiciones vigentespara los municipios sólo serán aplicables en el Distrito Capital en la medida en que el legislador ordinario o extraordinario noregulen de manera particular determinadas materias, lo cual noocurrió, precisamente, en el asunto bajo estudio. De otra parte, la Sala considera que las facultades atribuidas a los concejos y alcaldes municipales por los artículos 313 y 315 de la Carta

Política no pueden predicarse respecto del Concejo Distrital y del Alcalde Mayor pues, como atrás se expresó, el régimen del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá es especial, contenido en el decreto acusado.

En relación con el octavo cargo, en el cual se discute que el inciso segundo del artículo 56 acusado, en cuanto dispone que "Los miembros de las juntas directivas de las demás entidades descentralizadas del Distrito serán designados libremente por el Alcalde Mayor" vulnera los artículos transitorio 41 y 322 a 324 de la Carta Política, debido a que modifica arbitrariamente el artículo 157 del Decreto 1333 de 1986, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, no solo por las razones expresadas en el análisis del cargo precedente, sino por cuanto no se observa en qué medida puede desconocer los principios consagrados en los artículos 1o. y 2o. del ordenamiento constitucional, menos aún si se tiene en cuenta que en el inciso primero de dicho acto se establece la participación de delegados de los usuarios y de organizaciones cívicas, gremiales o comunitarias en las juntas directivas de las empresas distritales de servicios públicos domiciliarios.

En relación con el noveno cargo, formulado en contra del inciso segundo del artículo 57, acusado, en cuanto dispone que los empleados públicos que tienen derecho a designar delegados suyos en las juntas directivas, solo podrán hacerlo acreditando funcionarios "del nivel directivo de la administración", por ser violatorio de los artículos 1o., 2o., 13, 40-7 y 374 de la Carta Política, la Sala considera que no se presenta dicha violación, por cuanto la interpretación más razonable de su texto es la de que sus mandatos se refieren a los casos en que los estatutos de las entidades descentralizadas del Distrito prevén que determinados funcionarios públicos hacen parte de sus juntas directivas y que únicamente pueden designar como delegados a otro funcionario de la misma categoría, es decir, del nivel directivo, y no aquellos posibles casos en los cuales los empleados públicos puedan elegir delegados suyos ante las juntas directivas a lo cual parece referirse el actor.

Además de lo anterior, la Sala hace notar al actor que en relación con el acto a que se contrae este cargo esta Sección se pronunció en sentencia de 9 de febrero de 1995 (Actor: José Cipriano León C. Exp. No. 2651), en los siguientes términos:

> "No aprecia la Sala la transgresión del artículo 53 de la Carta Política a que se refiere el actor ya que la delegación que puede hacer un funcionario público no tiene que ver con los derechos de los trabajadores, sino con el derecho del delegante de intervenir directamente o no como representante ante la Junta Directiva de una entidad, además que del contenido de la norma constitucional no se infiere que dentro de los principios mínimos fundamentales que ella consagra, está el de participar en las Juntas Directivas".

En relación con el décimo cargo, y como fundamento para denegar su prosperidad, la Sala ante la ausencia de nuevos argumentos del actor que permitiesen reexaminar los análisis con base en los cuales se denegó su suspensión provisional, los reitera en esta providencia en los términos que se consignan a renglón seguido:

"Respecto del inciso final del artículo 93, acusado, cuyo texto se transcribió en el resumen de los cargos formulados en su contra, la Sala estima que no es posible acceder al decreto de suspensión provisional solicitado, pues si el artículo transitorio 41 de la Carta facultó al Gobierno Nacional para expedir las correspondientes normas sobre el régimen especial para el Distrito Capital, a que se refieren los artículos 322 a 324 ibídem, ello significa que el acto acusado, contenido en el Decreto 1421 de 1993 y que se expidió como fundamento en dicha facultad, tiene la misma entidad o fuerza normativa que las leyes especiales a que alude el referido artículo 322 y, por lo mismo, bien podía disponer, como dispuso, que los cargos de la planta de personal de la administración distrital que se asignen a los despachos de los alcaldes locales son de libre nombramiento y remoción, modificando así la Ley 27 de 1992, y sin que ello implique la violación de ninguna de las disposiciones constitucionales que se alegan como transgredidas en grado manifiesto".

En relación con el décimo segundo cargo, formulado en contra de los artículos 125 a 134 del Decreto 1421 de 1993 por incurrir en violación de los artículos transitorios 41, 322 a 324, 374 de la Carta Politica; 156, 288, 292, 293 del Decreto 1333 de 1986; 2o., 26 y 30 de la Ley 10 de 1990, debido a que, según el actor, las indicadas normas constitucionales no facultaron al Gobierno para expedir el régimen laboral del Distrito o para modificar el ya existente sino para expedir su régimen administrativo, que son dos cosas distintas, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues la simple circunstancia de que los citados artículos 322 a 324 no hagan expresa referencia a la facultad de expedir el régimen laboral y de derechos salariales y prestacionales de los empleados trabajadores del Distrito Capital no quiere decir que el régimen establecido para ellos en los actos acusados no puede ser considerado como parte del "administrativo" que el citado artículo 322 autoriza determinar a las leyes especiales que para el mismo se dicten, en este caso el Decreto 1421 de 1993, el cual se asimila a un mandato con categoría de ley.

De otra parte, en lo relativo a los cargos de violación de las disposiciones legales que respecto de algunos de dichos actos se endilgan, la Sala se remite a las consideraciones hechas en el análisis del cargo precedente.

En relación con el décimo tercer cargo. Aduce el demandante que al disponer el inciso séptimo del artículo 138 acusado, la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto distrital se incurre en violación de los artículos 25, 58, 63 y 90 de la Carta Política, ya que ninguna de las atribuciones conferidas al Gobierno Nacional por los artículos transitorio 41 y 322 a 324 *ibídem* lo autorizaron, para calificarlos como tales, si se tiene en cuenta que el citado artículo 63 defiere al Legislador la facultad de determinar que otros bienes tienen esa calidad.

Para la Sala es evidente que este cargo no ha de prosperar, pues si el artículo 63 de la Carta Política defirió a la ley determinar qué otros bienes, además de los allí enunciados, "son inembargables ", ello significa que en virtud de las facultades conferidas por el artículo transitorio 41 *ibídem,* el Gobierno Nacional podía dar la calidad de inembargables

a los bienes a que se refiere el acto acusado, por cuanto es evidente que tal materia forma parte integrante del régimen administrativo especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá.

En relación con el principio de la inembargabilidad presupuestal, la H. Corte Constitucional en sentencia No. C-546 de 1o. de octubre de 1992 consideró, entre otros aspectos, lo siguiente:

> "Pero para que el Estado pueda realizar tan altos cometidos es necesario dotarlo de los instrumentos necesarios para garantizar el efectivo cumplimiento de los mismos. En otras palabras, la gobernabilidad debe ser conducente en aras de la eficacia en el logro de los fines humanistas del aparato estatal. De lo contrario la sociedad civil sería víctima de la creación secular de un ente cultural inane e inocuo.
>
> "Luego se precisa conferir al Estado los mecanismos de gobierno aptos para la buena gestión del mismo. Como anotaba Maquiavelo, "solo los profetas armados vencen; los profetas desarmados perecen."
>
> "Y entre los instrumentos del Estado figura en primerísimo lugar el instrumento económico. Es incluso inútil realizar aquí una apología del dinero en una economía de mercado. Lo que sí tiene sentido es establecer la eventual bondad de una proteccion especial –como la inembargabílidad– a las rentas y recursos de nivel nacional.
>
> "Para la Corte Constitucional, entonces, el principio de la inembargabilidad presupuestal es una garantía que es necesario preservar y defender, ya que ella permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados por definición, en un Estado social de derecho, a satisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana.
>
> "En este sentido, sólo si el Estado asegura la intangibilidad judicial de sus recursos financieros, tanto del gasto de funcionamiento como del gasto de inversión, podrá contar con el cien por ciento de su capacidad económica para lograr sus fines esenciales.
>
> "La embargabilidad indiscriminada de toda suerte de acreedores, nacionales y extranjeros, expondría el funcionamiento mismo del Estado a una parálisis total, so pretexto de la satisfacción de un cobro judicial de un acreedor particular y quirografario.
>
> "Tal hipótesis es inaceptable a la luz de la Constitución de 1991, pues sería tanto como hacer prevalecer el interés particular sobre el interés general, con desconocimiento del artículo primero y del preámbulo de la Carta". (Gaceta de la Corte Constitucional 1992, Tomo 6, octubre, págs. 338 a 372).

En relación con el décimo cuarto cargo, en el cual se plantea que el artículo 161 del Decreto 1421 de 1993 viola los artículos 41, 322 a 324 y 374 de la Carta Política, debido a que la reestructuración de las entidades distritales y la asignación de funciones

corresponde a los concejos municipales de conformidad con el artículo 313 *ibidem,* la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, por las mismas razones expresadas en el análisis de los cargos primero y segundo del proceso No. 3051 y tercero, séptimo y décimo primero del proceso No. 2680.

En relación con el décimo quinto cargo, en el cual se discute la violación de los artículos transitorio 41, 125, 322 a 324 y 374 de la Constitución Política por parte del artículo 176, disposición transitoria segunda del Decreto 1421 de 1993, la Sala no encuentra que mediante ella se autorice al Gobierno Distrital para expedir normas que debieran ser materia de regulación en dicho decreto, pues en su inciso segundo se expresa que los aspectos allí señalados, los cuales parecen ser una simple consecuencia de las diferentes disposiciones contenidas en el decreto acusado, serán definidas por el Concejo de acuerdo con los proyectos que le presente el Gobierno Distrital, como se evidencia de la lectura del texto íntegro del acto parcialmente enjuiciado, que transcribe a continuación:

> "ARTÍCULO 176. Régimen de transición. Con el fin de asegurar la vigencia efectiva de las disposiciones del presente estatuto y de evitar las dificultades y litigios que puedan surgir de posibles vacíos normativos, adoptánse las siguientes disposiciones transitorias:
>
> "1o. El Concejo Distrital deber adoptar su nuevo reglamento dentro de los noventa (90) días siguientes a la fecha de la promulgación de este decreto. Si dicho reglamento no fuere expedido en el término mencionado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca lo expedirá por una sola vez, dentro de los noventa días siguientes al vencimiento del término a que se ha hecho referencia.
>
> "2o. El Gobierno Distrital definirá por una sola vez la composición de las juntas directivas de las entidades descentralizadas y la forma de designación de aquellos miembros cuyo nombramiento no corresponda al alcalde mayor; adoptar la nomenclatura de los cargos de la veeduría y su escala de remuneración; expedir las normas estrictamente necesarias para armonizar las disposiciones vigentes en el Distrito con los preceptos de este estatuto sobre las siguientes materias: carrera administrativa, régimen presupuestal y fiscal y trámite de los asuntos que en virtud de este decreto deban ser decididos por autoridades distintas de las que los venían conociendo o respecto de los cuales hayan cambiado su procedimiento, recursos e instancias.
>
> "Los decretos que para cada caso dicte el Gobierno distrital, serán presentados como proyecto de acuerdo al Concejo dentro de los tres (3) días siguientes a su promulgación. El Concejo podrá modificarlos con sujeción a las disposiciones de este decreto.
>
> "En el evento de que dentro de los seis meses siguientes a la entrada en vigencia de este estatuto, el alcalde mayor no expida las normas a que se refiere el numeral 2o. del presente artículo, el Concejo, dentro de los seis meses subsiguientes, podrá

dictar acuerdos sobre dichas materias, aun cuando los mismos requieran iniciativa del alcalde distrital".

En relación con el décimo sexto cargo, formulado en contra del artículo 180 del decreto acusado por el hecho de que, según el actor, "deroga especialmente el Decreto Ley 1333 de 1986", la Sala considera que no tiene vocación alguna de prosperar, pues como se advirtió en el auto admisorio de la demanda para denegar la solicitud de su suspensión provisional, y se reitera en esta oportunidad, "... en él no se dispone la derogatoria de dicho decreto sino del Decreto Ley 3133 de 1968, 'Por el cual se reforma la organización administrativa del Distrito Especial de Bogotá, derogatoria que en principio es perfectamente compatible con la necesidad de dictar un nuevo estatuto legal para el Distrito Capital, que, a su vez, es el objeto de la facultad otorgada al Gobierno por el artículo 41 transitorio de la Carta".

En consecuencia, de acuerdo con lo anterior, no prosperan los cargos formulados.

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.- DECLÁRANSE no probadas las excepciones propuestas.

Segundo.- DENIÉGANSE las pretensiones de las demandas.

Tercero.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso No. 2680 o su remanente.

Cuarto.- En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, archívense los procesos acumulados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sus sesión de fecha trece de julio de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de febrero 3/95, Exp. 2589 actor: DOMINGO BANDA TORREGROZY CP: ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la jurisprudencia de fecha 3 marzo de 1995 CP: MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Actor : NÉSTOR GUILLERMO FRANCO GONZÁLEZ Exp No. 2691.

DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA/ESTATUTO DE RENTAS/ TORNAGUÍAS-Concepto/**DEVOLUCIÓN DE TORNAGUÍAS-**Sanción/**GRAVAMEN-**Inexistencia

El Gobernador de Cundinamarca, en uso de las atribuciones constitucionales y legales citadas en el encabezamiento del acto acusado, expidió mediante el Decreto 2143 de 1992 el Estatuto de Rentas del Departamento de Cundinamarca. En el artículo 27 del Decreto en mención, se hace referencia a las tornaguías. En el primer inciso se definen; en el segundo se establece el trámite a que están sometidas; en el tercero, se dispone que éstas deben ser selladas por las autoridades territoriales por donde transiten. Al definir la tornaguía, dice el artículo 27 que es "el documento mediante el cual la oficina competente de la Secretaría de Hacienda concede permiso al sujeto pasivo para transportar a otro Departamento o introducir a Cundinamarca licores, vinos, aperitivos y similares, cervezas y cigarrillos, nacionales y extranjeros, con la obligación de legalizar la mercancía correspondiente en el Departamento de destino". Observa la Sala que, no obstante el señalamiento por parte del actor de las normas superiores que prohíben el establecimiento de gravámenes adicionales, aquel se limita a afirmar que la sanción contenida en el caso acusado "no es otra cosa que un gravamen adicional", sin entrar en explicación ni sustentación jurídica de su aserto. Símile modo, con referencia al artículo 333, inciso 4 de la Carta, no se advierte tampoco violación ninguna por cuanto "la sanción por no cumplir la obligación de devolver las "tornaguías"

no guarda relación con la denominada "Libertad económica", ni impide, ni limita el ejercicio de esta última".

MONOPOLIOS-Creación Legal/**GOBERNADOR/COMPETENCIA**-Inexistencia/ **MONOPOLIO DE LOS ALCOHOLES POTABLES**-Evolución Legislativa

Mientras la Constitución hace descansar en la ley todo lo concerniente a los monopolios, ya sea su establecimiento como su organización, administración, control y explotación, el Gobernador de Cundinamarca estableció uno, el de los alcoholes potables *motu propio*. Ello es así por cuanto ni siquiera la referencia al artículo 88 de la ordenanza No. 26 de 1991 le puede servir de fundamento ya que por el texto transcrito de dicha norma se deduce que no se está facultando al Gobernador para crear o establecer monopolios. Y es apenas lógico que no lo hiciera puesto que las asambleas departamentales no tienen esa prerrogativa entre las distintas funciones que le atribuye el artículo 300 de la Carta Política. Y si no la tiene, mal podría haberla delegado *pro témpore* al Gobernador. La afirmación del actor en cuanto a la no existencia en nuestra legislación de una norma superior que regule el monopolio de los alcoholes potables resulta sin piso jurídico puesto que, si bien, en ninguno de los ordenamientos que él menciona se habla de los alcoholes potables, tampoco en ninguno de ellos se deroga, se sustituye o se deja sin efecto la disposición del Decreto 244 de 1906. Amplia es por demás la legislación nacional en asunto de monopolio en la producción, introducción y venta de licores destilados o embriagantes.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia.: Expediente No. 2713. ACTOS DEPARTAMENTALES. Actora: ASOCIACIÓN DE IMPORTADORES Y PRODUCTORES DE LICORES, VINOS, APERITIVOS Y SIMILARES - ADIMPROL.

Entra la Sala a pronunciarse sobre el recuro de apelación interpuesto contra la sentencia del 6 de octubre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en juicio de nulidad contra los artículos 27 y 61 a 70 del Decreto Departamental No. 2143 de 1992, expedido por el Gobernador de Cundinamarca.

LA ACCIÓN

Se pretende con la acción que se decrete la nulidad del artículo 27, inciso 2 del Decreto 2143 de julio 21 de 1992 que trata de "tornaguías"; y de los artículos 61 a 70 del mismo Decreto, por medio de los cuales se establece el monopolio de los alcoholes potables en beneficio del Departamento de Cundinamarca.

En cuanto a las normas de orden superior violadas con el acto demandado, manifiesta el actor:

> "Desde el punto de vista legal, el acto acusado contiene una violación manifiesta a una norma superior, ya que el artículo 67 de la Ley 14 de 1983, expresamente prohible establecersen (sic) gravámenes adicionales distintos al único de consumo determinado por la Ley. La norma consagra: 'sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63 de esta Ley, los departamentos, intendencias y comisarías no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de licores, vinos, vinos espumosos, o espumantes, aperitivos y similares, nacionales y extranjeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otro gravamen distinto al único de consumo que determina la Ley.
>
> "En idéntico sentido se expresa el artículo 127 del Decreto Ley número 1222 de 1986, o Código de Régimen Departamental. (Subrayados fuera del texto).
>
> "Norma transcrita de igual forma, en el mismo Decreto 2143 de 1992, y del cual estamos acusando su artículo 27, inciso 2o., que bajo el título de prohibición de gravámenes adicionales, regula en su artículo 58".

Explica el demandante el concepto de la violación de dichas normas, para terminar diciendo que "como de los elementos de juicio expuestos se deduce clara e inequívocamente, que el establecimiento de los monopolios en este caso el de los alcoholes potables, es de resorte y potestad exclusiva del Congreso Nacional, ejercitada por medio de Leyes, conclúyese que el señor Gobernador del Departamento de Cundinamarca al proferir el acto gubernativo demandado, usurpó una facultad que no le asigna la Constitución Nacional ni la Ley, que le hace perder validez".

LA PROVIDENCIA APELADA

Mediante sentencia del 6 de octubre de 1994, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de la demanda fundamentando su decisión, entre otras cosas; en las siguientes consideraciones:

Después de transcribir la primera norma acusada, el artículo 27 del Decreto Departamental No. 2143 de 1992, en el que se define en qué consiste. el documento denominado "tornaguía" y se señala el trámite que éstas deben seguir, estableciendo además plazos y sanciones, manifiesta el *a-quo:*

> "Se centra la discusión en si la anterior disposición vulnera o no los artículos 67 de la Ley 14 de 1983 y 127 del Decreto 1222 de 1986 por encerrar su texto la creación de un impuesto y el 333 inciso 4o. de la Constitución Nacional por restringir la libertad económica.
>
> "La Sala advierte que los artículos 67 de la Ley 14 de 1983 y 127 del Decreto 1222 de 1986 consagran ambos la prohibición de establecer gravámenes en los casos que prevé, distintos al único de consumo allí determinado.

"Para la Sala la norma acusada no establece gravamen alguno que quebrante las disposiciones de superior jerarquía indicadas por cuanto al consagrar la sanción por la no devolución de las tornaguías dentro del mes calendario siguiente a su expedición, tan solo se regula un trámite.

"En relación con la reclamada transgresión del articulo 333 (inciso 4o.) de la Carta Política la Sala considera que tampoco la norma acusada transgrede el mandato allí establecido por cuanto el ejercicio mismo dela importación y producción de licores no se afecta por la sola obligación de devolver la tornaguia en un plazo determinado pues tal actividad no puede ser ajena a los deberes y obligaciones que su ejercicio impone ni tiene absoluta independencia de la regulación de la autoridad competente para la necesaria. inspección y vigilancia de aquélla por razón del interés general, dentro del marco social y jurídico que la controla. NO PROSPERA EL CARGO.

"El demandante considera que con la expedición de los artículos 61 a 70 del Decreto 2143 de 1992 el Gobernador de Cundinamarca se atribuye funciones que no le corresponden al establecer y regular el monopolio de los alcoholes potables en beneficio del departamento y así obliga a adquirirlo única y exclusivamente a la empresa Licorera de Cundinamarca; se refiere a los artículos 61 a 63 ib. y se remite al artículo 336 de la Constitución para indicar que para establecer, organizar, administrar, controlar y explorar los monopolios (sic) se necesita una ley que los fije y establezca, facultad propia del Congreso, competencia que no se le ha otorgado al gobernador por instrumentos legales para el de alcoholes potables; enfatiza en que ni en vigencia de la Constitución de 1886 ni con la actual se ha expedido ley al respecto".

Después de analizar las normas acusadas frente a las señaladas como transgredidas, las de orden legal que regulan el monopolio de alcoholes, las definicionee académicas y jurídicas de los téminos "alcohol" y "licor", concluye el Tribunal que "...el monopolio en debate tiene fundamento legal y así los artículos 61, 62, 63, 64 y 70 del Decreto 2143 de 1992 al establecer y regular el monopolio sobre la producción, introducción y venta del alcohol Potable no han de ser anulados, por cuanto el gobernador tenía la competencia para expedir tales disposiciones".

Dispone que tampoco se anularán los artículos 66, 67, 68 y 69 por cuanto sus regulaciones son aplicables tanto a los alcoholes potables como a los impotables constituyendo: también estos últimos monopolio del Departamento y en cuanto al artículo 65, dice que el artículo 11 de la Ley 83 de 1925 autorizó a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable y así la regulación que en tal sentido se hace en la norma impugnada tiene asidero legal y que, además, los argumentos de tipo técnico o de conveniencia que aduce el libelista no son causales de nulidad de los actos administrativos.

LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

En el escrito de sustentación del recurso, en el que no se hace alusión alguna a la providencia apelada, comienza el accionarte su argumentación afirmando que el establecimiento de un término perentorio para devolver las tornaguías, según el inciso 2 del artículo 27 del Decreto 2143 de 1992 de la Gobernación de Cundinamarca, no es otra cosa que un gravamen adicional disfrazado ya que el tiempo limite de un mes no se justifica. Con ello, dice el apelante, se vulnera la Ley 14 de 1983 que rige el monopolio de licores en cuyo artículo 67 consagra que "Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 63 de esta Ley, los departamentos, intendencias y comisarias no podrán establecer gravámenes adicionales sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de licores, vinos espumosos o espumantes, aperitivos y similares, nacionalee y extrangeros, bodegajes obligatorios, gastos de administración o cualquier otro gravamen dietinto al único de consumo que determina la ley". (inciso primero).

Manifiesta igualmente el apelante que "de igual forma, se está menoscabando la libertad económica de que trata el artículo 333 (sic), inciso 4 de la Constitución Nacional, el que establecer El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso de personas o empresas que hagan de su posición dominante en el mercado nacional"".

En cuanto a los artículos 61 a 70 del Decreto demandado, se dice en el memorial de la alzada que mediante ellos se obliga a las personas dedicadas a la producción de bebidas embriagantes a adquirir el alcohol potable, única y exclusivamente, en la empresa licorera del Departamento. Se contradice así, según el apelante, el inciso primero del artículo 333 (sic) y el tercero del mismo artículo que prescribe:

> "Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley.
>
> "La organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio fijado por la ley de iniciativa gubernamental".

En nuestra legislación, afirma el libelista, no existe norma de estirpe superior que regule el monopolio de los alcoholes potables.

Sobre lo prescrito en el artículo 64 del Decreto 2143 en cuanto a que la producción, introducción, comercialización, distribución y demás aspectos relativos a los alcoholes potables, se regirán por las normas que regulan los monopolios de licores nacionales, manifiesta que las normas a que se remiten (Ley 14 de 1983), en ninguna de sus partes contemplan los alcoholes potables y agregar "no se puede aplicar una ley que regula situaciones definidas a aspectos que le son diferentes, ni incluso por interpretación extensiva".

Finalmente, alude al Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Departamental diciendo que en sus artículos 121 a 134, en los que se trata el impuesto al consumo de los licores, no se regula aspecto alguno sobre los monopolios de los alcoholes potables.

INTERVENCIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

También se hizo presente en esta segunda instancia el Departamento de Cundinamarca. La señora apoderada reiteró los argumentos expuestos con anterioridad, manifestando además que "al ejercer el Departamento el monopolio del alcohol potable, se procura su control riguroso a finde proteger la salubridad, seguridad y moralidad públicas".

> "Concluyendo, el monopolio del alcohol potable lo tiene el Departamento en virtud del Decreto Legislativo No. 41 de 1905 y el del alcohol impotable con fundamento en lo dispuesto en la Ley 83 de 1925, artículo 11, motivos por los cuales solicito denegar las súplicas de la . demanda confirmando la providencia recurrida".

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Octavo Delegado en lo Contencioso, al rendir su concepto en el asunto a definirse, estima que, en primer lugar, el artículo 27 del Decreto Departamental 2143 de 1992, no crea ningún impuesto o gravamen adicional sobre la distribución de licores; simplemente establece una sanción por el incumplimiento de una obligación, como es la de devolver las "tornaguías" dentro del término que el mismo precepto señala. Entonces, no viola esta norma los artículos 67 de la Ley 14 de 1983 y 127 del C.R.D.

Tampoco se viola, dice el Procurador Delegado, el artículo 333, inciso cuarto de la Carta, porque la sanción por no cumplir la obligación de devolver las "tornaguias" no guarda relación con la denominada "libertad económica" ni impide ni limita el ejercicio de esta última.

Sobre las demás normas acusadas, advierte el Agente del Ministerio Público que ninguna de las normas citadas por el *a-quo* para justificar esta parte del Decreto demandado se refiere al monopolio de la producción, introducción y venta de alcohol potable, que ninguna ley faculta a las Asambleas para que eetablezcan ese monopolio o para que autoricen a los gobernadores para que los instituyan.

Y concluye el funcionario:

> "En estas condiciones, debe entenderse que las facultades que el artículo 88 de la Ordenanza 26 de 1991 otorgó al Gobernador de Cundinamarca no podrían comprender la adopción del discutido monopolio. Si la Asamblea entonces no podía establecerlo directamente, menos podía facultar al Gobernador para instituirlo. Por estas circunstancias ese funcionario, al expedir los preceptos acusados e implantar ese monopolio, excedió las facultades que le confirió la Asamblea, que por lo demás, no podía haberlas conferido.

"Aunque estos planteamientos no fueron expuestos expresamente por el demandante si aparecen de manera tácita en el contexto general de la demanda y por lo tanto esta Procuraduría Delegada concluye que, por las anteriores consideraciones, se deben anular los artículos 61 a 70 del Decreto Departamental 2143 de 1992".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Gobernador de Cundinamarca, en uso de las atribuciones constitucionales y legales citadas en el encabezamiento del acto acusado, expidió mediante el Decreto 2143 de 1992 el Estatuto de Rentas del Departamento de Cundinamarca. En el artículo 27 del Decreto en mención, se hace referencia a las tornaguías. En el primer inciso se definen; en el segundo se establece el trámite a que están sometidas; en el tercero, se dispone que éstas deben ser selladas por las autoridades territoriales por donde transiten.

Al definir la tornaguía, dice el artículo 27 que es "el documento mediante el cual la oficina competente de la Secretaría de Hacienda concede permiso al sujeto pasivo para transportar a otro Departamento o introducir a Cundinamarca licores, vinos, aperitivos y similares, cervezas y cigarrillos, nacionales y extranjeros, con la obligación de legalizar la mercancía correspondiente en el Departamento de destino".

En el segundo inciso, objeto parcial de la controversia que debe definirse en esta providencia, se establece:

"Las mercancías amparadas por las tornaguías deberán salir del Departamento en el término máximo de tres (3) días hábiles, contados a partir de su fecha de expedición. Las tornaguías deberán ser devueltas a la Secretaría de Hacienda de Cundinamarca por el contribuyente o responsable, a más tardar, dentro del mes calendario siguiente a su expedición, con la respectiva constancia de la entidad territorial de destino sobre la legalización de la mercancía. Si no han sido devueltas dentro del plazo señalado, se deberá pagar como sanción el equivalente al valor de la tornaguía".

La obligación de devolver las tornaguías, a más tardar, dentro del mes calendario siguiente a su expedición y la de pagar una canción equivalente al valor de lae tornaguías, si no han sido devueltas dentro del plazo señalado, es analizado por el peticionario desde el punto de vista lógico y desde el punto de vista legal.

Desde el punto de vista legal que es el que interesa a esta sede judicial, dado el señalamiento que allí se hace de transgresión de normas superiores, dice el accionante que hay en dicha disposición una manifiesta violación del artículo 67 de la Ley 14 de 1983 en la que expresamente se prohíbe establecer gravámenes adicionales distintos al único de consumo determinado por la Ley. En efecto, el artículo invocado dispone, según transcripción ya hecha en esta providencia, tal prohibición sobre la fabricación, introducción, distribución, venta y consumo de las especies de vinos y licores allí determinados.

La misma disposición prohibitiva es transcrita en el artículo 38 del mismo Decreto 2143 de 1992, parcialmente demandado.

Observa la Sala que, no obstante el señalamiento por parte del actor de las normas superiores que prohíben el establecimiento de gravámenes adicionales, aquel se limita a afirmar que la sanción contenida en el acto acusado "no es otra cosa que un gravamen adicional", sin entrar en explicación ni sustentación jurídica alguna de su aserto.

La carencia de sustentación por parte del actor, se hace más patente en su memorial de apelación en el que. como ya se anotó, no hace la más mínima referencia a la sentencia que recurre y no contradice por tanto la posición del Juez de la Primera Instancia que al respecto, hizo el siguiente pronunciamiento que esta Corporación acoge:

> "Para la Sala la norma acusada no establece gravamen alguno que quebrante las disposiciones de superior jerarquía indicadas por cuanto al consagrar la sanción por la no devolución de las tornaguías dentro del mes calendario siguiente a su expedición, tan solo se regula un trámite.
>
> "En efecto, autorizada la tornaguía tanto para transportar licores fuera del territorio del departamento como para introducirlos en éste, es elemental que el documento se devuelva a la autoridad competente para controlar que los licores correepondientes salieron realmente de la jurisdicción territorial o entraron a ella, Ya que como lo establece el artículo 55 del mismo decreto (Art. 128 Dto. 1222/86), las bebidas alcohólicas en tránsito hacia otros departamentos no son objeto de impuesto sino en la entidad territorial destinataria; puede entonces el Departamento establecer los controles del caso tanto para efectos de evasión como de contrabando, en desarrollo de la función de policía propia de los gobernadores que incluye medida punitivas como la prevista en la norma acusada y en especial de la atribución constitucional establecida en el artículo 350 numeral 11; así mismo el decreto se funda en la autorización conferida en el artículo 88 de la ordenanza 26 de 1991 la cual no es cuestionada en el *sub-lite;* adicionalmente la sala advierte que el artículo 65 de la ley 14,de 1983 contempla la obligación de expedir las normas del caso para asegurar el pago del gravamen del consumo de licores, para impedir su evasión, asi como decretar medidas tendientes a eliminar el contrabando".

Así pues al no haber explicado el demandante por que considera la sanción pecuniaria como un gravamen, ni aporta en la apelación contradicción lógica ni jurídica que pueda hacer variar el criterio del juzgador de segunda instancia, esta Sala, como ya se dijo, no variará la decisión tomada al respecto por el *a-quo* que encuentra, por lo demás, ajustada a derecho.

Simile modo, con referencia al artículo 333, inciso 4 de la Carta, no se advierte tampoco violación ninguna por cuanto, como ya lo anotó el colaborador del Ministerio Público, "la sanción por no cumplir la obligación de devolver las "tornaguías" no guarda

relación con la denominada "Libertad económica" ni impide, ni limita el ejercicio de esta última" (folio 203).

El segundo cargo hace referencia al monopolio que, en el capítulo sexto del decreto *sub iuris*, artículos 61 a 70, se establece en favor del Departamento. Así lo dice el artículo 61:

> "Monopolio. La producción, introducción y venta de alcohol potable constituye monopolio del Departamento".

Afirma el recurrente que el Gobernador de Cundinamarca estableció un monopolio sin tener respaldo en la ley y, por lo tanto, violó de manera flagrante la Constitución Nacional.

Prescribe la Constitución que "ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social. y en virtud de la ley" (art. 336). Y que la organización, administración, control y explotación de los monopolios rentísticos estarán sometidos a un régimen propio, fijado por la ley y de iniciativa gubernamental" *(ibídem)*.

Si bien el Gobernador de Cundinamarca para dictar el decreto *sub-exámine* dijo hacerlo en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, su fundamento especial es el artículo 88 de la Ordenanza No. 26 de 1991, expedida por la Asamblea de Cundinamarca.

El artículo 88 de la Ordenanza en mención, reza:

> "Autorízase al Gobernador del Departamento de Cundinamarca por el término de seis (6) meses contados a partir de la promulgación de la presente Ordenanza para reformar o adicionar el Estatuto de Rentas del Departamento".

Se observa así, que mientras la Constitución hace descansar en la ley todo lo concerniente a los monopolios, ya sea su establecimiento como su organización, administración, control y explotación, el Gobernador de Cundinamarca estableció uno, el de los alcoholes potables *motu proprio*.

Ello es así por cuanto ni siquiera la referencia al artículo 88 de la Ordenanza No. 26 de 1991 le puede servir de fundamento ya que por el texto transcrito de dicha norma se deduce que no se está facultando, al Gobernador, para crear o establecer monopolios. Y es apenas lógico que no lo hiciera puesto que las asambleas departamentales no tienen esa prerrogativa entre las distintas funciones que le atribuye el artículo 300 de la Carta Política. Y si no la tiene, mal podría haberla delegado *pro témpore* al Gobernador.

En la sentencia apelada no se le da trascendencia alguna a la Ordenanza como fuente del acto demandado y, más aún, se tienen como válidas las facultades que ella confiere al Gobernador. Concretamente, dice la sentencia.

"La citada ordenanza no es objeto de la presente litis por lo cual tratándose de un acto administrativo que no ha sido suspendido ni anulado ha de entenderse conforme a la ley en cuanto a la validez de las facultades allí conferidas y en consecuencia el decreto se analizará sólo en relación con las leyes atinentes al monopolio cuestionado".

No comparte esta Sala el criterio del *a-quo* pues las normas constitucionales están por encima de todos los ordenamientos y su violación, manifiesta y palpable como en el caso *Sub iuris*, no puede congraciarse con el fácil expediente de que el acto violatorio no ha sido demandado siendo éste, presisamente, el asentamiento jurídico en apariencia del acto administrativo objeto de la *litis*.

Es indudable, como se viene explicando, que se equivocó el funcionario que expidió el decreto al querer amparar su decisión en una ordenanza interpretada a su manera pues, como bien lo expresa el señor Procurador Delegado en su concepto, "ninguna ley faculta a las asambleas para que establezcan el monopolio de la producción, introducción y venta de alcohol potable o para que autoricen a los Gobernadores para que lo instituyan".

Sería esta la motivación primordial para que el acto bajo proceso fuera declarado nulo. No obstante, tratándose de una acción de nulidad y teniendo en cuenta además que el decreto acusado fue dictado "en uso de las atribuciones constitucionales y legales", se hace necesario examinar las normas de carácter legal que podrían sustentar la validez del mismo y, por ende, la conformidad o no a derecho de la sentencia recurrida.

Son varias las normas que se citan de parte y parte como basamento jurídico de sus alegaciones y pretensiones.

En primer lugar, aduce el actor que en nuestra legislación no existe ninguna norma superior que regule el monopolio de los alcoholes potables y que sólo en la Ley 83 de 1925 se hace referencia a los alcoholes impotables. Tampoco en la ley 14 de 1983 se habla de dicha sustancia y que en idéntica forma, concluye, en el Decreto 1222 de 1986 que es el Código de Régimen Departamental, y que trata del impuesto al consumo de los licores entre sus artículos 121 a 134, no se regula aspecto alguno sobre los monopolios de los alcoholes potables.

Indudablemente, asiste la razón al demandante en cuanto a que en ninguna de estas disposiciones legales, por él citadas, se hace alusión a los alcoholes potables.

Por su parte la señora apoderada del Departamento de Cundinamarca invoca otras normas, según las cuales. el monopolio de los alcoholes se ha instituido conjuntamente con el de los licores a través de los años y cita al respecto varias normas, Partiendo del artículo 2° del Decreto Legislativo No. 41 de 1905, aclarado mediante el Decreto 244 de 1906, el cual, en su artículo 1o. dispuso "los licores de producción nacional que quedan comprendidos en el monopolio creado por el Decreto Legislativo No. 41 de 1905, son

.... el alcohol, cualquiera que sea la materia prima de que se fabrique; las bebidas fermentadas en que el alcohol constituye la fuerza, con excepción de la cerveza, el guarapo y la chicha".

Cita también la profesional, en favor de sus argumentos, una providencia de esta Sección en la cual, con ponencia del Consejero Luis Antonio Alvarado Pantoja, se hizo un recuento de los ordenamientos que marcan la evolución legislativa en la materia, comenzando por el Decreto Legislativo No. 41 que establece como rentas nacionales, entre otras, la de licores que consiste, según el decreto, en el monopolio de la producción, introducción y venta de licores destilados embriagantes, y comprende "a) El aguardiente de caña y sus compuestos" La providencia señala como uno de esos compuestos "el alcohol", sin entrar en distinciones entre alcoholes potables e impotables.

Observa la Sala que la aclaración que añade la providencia, tenía ya su canonización legal cuando el Decreto número 244 de 1906, aclaratorio del artículo 2o. del Decreto número 41 de 1905, específico, como ya se anotó, que el alcohol es uno de los productos nacionales comprendidos en el monopolio. Y aún más, es de anotar que la norma es enfática en afirmar: "el alcohol, cualquiera que sea la materia prima de que se fabrique;".

Procede advertir también que el Decreto Legislativo No. 41 de 1905, en virtud de la Ley 15 del mismo año, fue ratificado con el carácter de ley permanente.

Significa lo anterior, que la afirmación del actor en cuanto a la no existencia en nuestra legislación de una norma Superior que regule el monopolio de los alcoholes potables resulta sin piso jurídico puesto que, si bien, en ninguno de los ordenamientos que él menciona se habla de los alcoholes potables, tampoco en ninguno de ellos se deroga, se costituye o se deja sin efecto la disposición del Decreto 244 de 1906.

Amplia es por demás la legislación nacional en asunto de monopolio en la producción, introducción y venta de licores destilados o embriagantes, partiendo del Decreto Legislativo No. 41 de 1905 que establece como renta nacional el aguardiente de caña y sus compuestos. En esa evolución legislativa es dable mencionar la ley 15 del mismo año, el acto legislativo No. 3 de 1910 en el que se estableció el principio elevado a rango constitucional según el cual los monopolios solamente pueden establecerse como arbitrio rentístico, en virtud de una ley y previa indemnización de quienes eran perjudicados con la medida; la Ley 4o. de 1913 o Código Político y Municipal; la Ley 34 de 1925 que hace referencia a los alcoholes industriales o impotables y a los utilizados en la fabricación de vinos; la Ley 83 del mismo año la cual, habiendo sido dictada para proveer a la reparación de unas vías públicas y tomar otras disposiciones sobre caminos y puentes, se toman medidas en los artículos 1o. y 11 sobre "gotas amargas, amargos y semejantes, con excepción de los ajenjos que son de prohibida introducción" y se autoriza a los departamentos para monopolizar la producción del alcohol impotable; la Ley 88 de 1928 en la que se fijan tarifas "en relación con cada botella de 720 gramos; el Decreto 2956 de 1955 ratificado por la Ley 33 de 1968; el Decreto 131 de 1958; la Ley 14 de 1983

y el Decreto 1222 de 1986 o Código de Régimen Político Derpartamental en cuyos artículos 121 y 123 se desarrollan disposiciones de la Ley 14 de 1983 sobre la producción, introducción y venta de licores destilados, sobre el monopolio y sobre la autorización a los departamentos para celebrar contratos de intercambio que permitan agilizar el comercio de estos productos.

Es de anotarse que en el artículo 72 de la Ley 14 de 1983 se derogan otras disposiciones anteriores y las demás normas que le sean contrarias pero no comprende la derogatoria las disposiciones que se han reseñado como contentivas del régimen sobre alcoholes en general, sin discriminar entre potables o impotables.

Resulta entonces claro, al enrutar estas consideraciones hacia su conclusión, que no se logró devirtuar en el proceso la presunción de legalidad del acto demandado por cuanto, a pesar de no citar en forma expresa las normas de orden legal en que se fundamentan sus disposiciones, siendo, como ya se anotó, equivocada la fundamentación en la Ordenanza No. 26 de 1991 en cuanto a monopolio del alcohol potable se refiere, sí existen normas legales que lo sustentan.

Es ciertamente, el artículo 1o. del Decreto 244 de 1906 el basamento jurídico del monopolio. Para mayor claridad, se cita aquí su texto que es del siguiente tenor:

> "Los licores de producción nacional que quedan comprendidos en el monopolio creado por el Decreto Legislativo número 41 de 3 de marzo de 1905, son: el aguardiente de caña y sus compuestos, tales como ron, las mistelas, el aguardiente común y las demás bebidas alcohólicas que produce la caña; el alcohol, cualquiera que sea la materia prima de que se fabrique; las bebidas fermentadas en que el alcohol constituye la fuerza, con excepción de la cerveza, el guarapo y la chicha" (Subraya la Sala).

La voluntad monopolista de la disposición es ratificada en el artículo segundo y su parágrafo, según los cuales "Queda prohibida la importación al territorio nacional de licores de la misma clase o naturaleza de los enumerados en el artículo anterior, como pertenecientes al monopolio de licores nacionales. El Gobierno puede autorizar la introducción de alcohol a determinadas secciones del país, mediante convenios especiales entre la Gerencia de Rentas y Rematadores de la renta de licores nacionales".

Hasta donde fue posible indagar, la Sala no ha tenido oportunidad de pronunciaree en el fondo sobre el monopolio de alcohol potable, porque las veces en las que se ha referido a él lo ha hecho en circunstancias diferentes a las que hubieran podido requerir un estudio de fondo. Dentro del expediente No. 978, en auto de 22 de noviembre de 1988, con ponencia del Consejero Luis Antonio Alvarado Pantoja, se revocó la suspensión provisional de la palabra potable contenida en el artículo 7o. de la Ordenanza No. 004-E de 29 de febrero de 1988 de la Asamblea del Valle, según el cual "Los monopolios de producción y venta de alcohol potable o impotable se seguirán rigiendo por el Código de Rentas del departamento y las normas que lo modifiquen". Dijo en aquella oportunidad

el Consejo: "que allí no se hace otra cosa que remitirse a lo dispuesto en el Código de Rentas del Departamento, el cual no ha sido objeto de la demanda de nulidad, siendo por lo tanto, cuando menos, inoportuna la definición de ilegalidad que hace el Tribunal, de acuerdo con la demanda, al hacer distinción entre alcoholes potables e impotables, para el efecto del monopolio".

También, dentro del expediente No. 1768, en auto de 17 de septiembre de 1992 con ponencia del Consejero Miguel González Rodríguez, se dijo:

> "La Sala no se referirá concretamente al cargo "MONOPOLIO DEL ALCOHOL POTABLE", dado que los artículos 47 y 48 del Decreto acusado (fl. 35 vto. cuaderno No. 1), quedan comprendidos dentro de la nulidad que habrá de decretarse, en razón del estudio sobre el segundo argumento; pero sin embargo, es un hecho evidente el que el alcohol potable no es objeto de monopolio".

Del texto transcrito se deduce que su parte final según la cual "... es un hecho evidente que el alcohol potable no es objeto de monopolio", constituye una anotación marginal, la que si, en el mejor de los casos se considerara como una jurisprudencia sobre la materia, vendría a quedar rectificada en virtud de las consideraciones expuestas para resolver el presente caso.

Con la exposición de los anteriores presupuestos, la Sala quiere indicar que no tiene vocación de prosperidad la apelación interpuesta por el accionante en el presente proceso.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 13 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reiteran jurisprudencias de 17 de septiembre de 1992. Exp. 1768; C.P. Miguel González Rodríguez, y la de noviembre 22 de 1988; Exp. 978; C. P. Antonio Alvarado Pantoja.

SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES/COMISIÓN DE REGULACIÓN-Funciones/**ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO**-Regulación

Las comisiones de regulación entre las cuales se encuentra la de Telecomunicaciones, tienen, de acuerdo con el artículo 73 de la ley 142, "la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante, y produzcan servicios de calidad...". Una de las funciones del Presidente de la República delegadas en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es la de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, a la que corresponde la contemplada en el acto acusado. Ahora, si de conformidad con la ley 142 de 1994 son funciones de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante; establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a usar las redes de telecomunicaciones y reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de dicho servicio, la norma acusada, por lo cual la mencionada Comisión fija el número de concesionarios, antes que transgredir la Constitución y la ley 142, viene a constituir un desarrollo de éstas. El espectro electromagnético es elemento esencial del servicio de telecomunicaciones cuyo uso debe ser regulado habida cuenta de

que es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3072. Autoridades Nacionales. Actor: Bruno Camargo Giraldo.

El actor de la referencia, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicita de la Corporación la nulidad de la frase "El número de concesionarios de larga distancia nacional será fijado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones", contenida en el artículo 4o. de la resolución número 014 de agosto 1o. de 1994, dictada por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, "por el cual se reglamenta la prestación de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional".

DISPOSICIONES QUE SE CITAN COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

En la demanda se citan como violados en forma directa los artículos 2, 9, 10, 13, 73 y 74 de la ley 142 de 1994, y en forma indirecta los artículos 2 y 6 de la Constitución Nacional.

El concepto de violación se expresa en los términos que a continuación se sintetizan:

El acto acusado es violatorio de la ley 142 de 1994 en cuanto contraviene los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos y los de la Comisión Reguladora y extralimita la competencia de dicha Comisión.

La ley 142 en su artículo 2o., numeral 6, señaló como uno de los fines de la intervención del Estado en los servicios públicos, el de promover o asegurar la "libertad de competencia y no utilización abusiva de la posición dominante". De conformidad con tal principio el mencionado estatuto se orienta a garantizar la libertad de prestación de los servicios públicos y por consiguiente, la libertad de empresa (art. 10o.).

La Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, so pretexto de establecer las condiciones y requisitos para obtener la concesión de telefonía de larga distancia nacional, se autootorgó la facultad de establecer el número de concesionarios de larga distancia nacional, extendiendo sus competencias a aspectos no contemplados en la ley.

La facultad de establecer un "número" de concesionarios equivale a la de establecer un "número máximo" de concesionarios, o lo que es lo mismo, la de limitar discrecionalmente la posible competencia en la prestación del servicio, facultad que la ley en ningún caso le ha otorgado a la Comisión.

Mientras la ley establece la libertad de empresa en la prestación de los servicios públicos y la de promover la más amplia competencia, la administración se otorga así misma la facultad de señalar un número de posibles competidores y limitar la competencia y la libertad de las personas de acceder a la prestación del servicio.

Limitar el número de posibles concesionarios para la prestación del servicio de telefonía de larga distancia nacional, no es crear un requisito o condición para obtener la licencia correspondiente: Son dos facultades de distinta naturaleza, la primera de las cuales transgrede la ley 142 de 1994 y constituye un exceso en la actuación de la Comisión Reguladora.

Al establecer un límite en el número de concesionarios la Comisión viola los principios generales de la ley 142, los cuales, como la misma ley lo indica, deben tenerse en cuenta para la interpretación de las normas atinentes a la prestación de los servicios públicos.

Se viola el artículo 9o. de la ley 142 por cuanto al establecer una facultad de limitación al número de prestadores del servicio, se coarta o limita el derecho de los usuarios a la libre elección del prestador del servicio y se desmejora tal facultad en contravía de lo dispuesto en el parágrafo del mismo artículo noveno.

De las facultades conferidas a la Comisión Reguladora para establecer los requisitos generales para la Comisión del servicio de telefonía de larga distancia nacional, no se puede concluir que se le faculta pra limitar el número de concesionarios.

RAZONES DE LA DEFENSA

Fueron expuestas, en primer término, por la parte impugnadora, ciudadana Ana María Botero Sanclemente, y en segundo lugar, por la Nación –Ministerio de Comunicaciones–, mediante apoderada.

Anota la interviniente que la norma acusada, al autorizar la fijación de un número de concesionarios de larga distancia nacional no contraviene la Constitución Política ni la ley 142 de 1994, sino que les da desarrollo, ya que para garantizar la prestación de un servicio eficiente y de calidad, se hace indispensable establecer un número determinado de concesionarios, no solo para promover la competencia, sino para regular el uso del espectro electromagnético, elemento esencial del servicio de larga distancia.

Por su parte la Nación –Ministerio de Comunicaciones–, se opone a las pretensiones de la demanda con apoyo en las consideraciones que se resumen a continuación:

Dentro de la función reglamentaria, delegada por el Presidente de la República, se encuentra la de "señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política y de los demás a que se refiere la ley 142 de 1994, en los términos del decreto 1524 de 1994".

Corresponde al Estado, a través de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, garantizar a los habitantes el derecho fundamental de informar y recibir información, el cual de cierta forma se cumple con el servicio de telefonía.

Con el número de operadores se pretende la eficiencia del servicio y que ellos sean materialmente controlables, dado que las redes de telecomunicaciones no pueden extenderse infinitamente y la intercontectividad entre las mismas está restringida a la capacidad del tráfico lo que impone una organización para que la operatividad de la red no se vea abocada a infartos telefónicos o congestión que hagan nugatorio el servicio.

Es necesario que la Comisión regule lo concerniente al número de operadores para optimizar la prestación del servicio y garantizar su oportunidad y calidad.

Cuando la regulación 014 de 1994, establece que el número de concesionarios será fijado por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, lo único que está haciendo es establecer un mecanismo de regulación de la actividad que promueva la competencia entre quienes prestarán el servicio público.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta oportunidad procesal, tanto la parte actora como la defensa, en esencia, reiteran lo que expuesieron en la demanda y en la contestación, respectivamente.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Segunda Delegada ante la Corporación se manifiesta partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda, después de concluir que la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones "si tiene competencia para autoregular lo relacionado con la posible competencia en la prestación del servicio de comunicaciones".

Dice en esencia el Ministerio Público que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la ley 142 de 1994, las comisiones de regulación tienen la función de promover la competencia entre quienes presten servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de la posición dominante, y produzcan servicios de calidad; y que la misma ley asigna al Presidente de la República el señalamiento de las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, y autoriza su delegación en las Comisiones de Regulación de los servicios públicos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver el asunto planteado estima la Sala oportuno y procedente hacer, en primer término, las siguientes precisiones de orden constitucional y legal:

Conforme al artículo 365 de la Constitución Nacional es deber del Estado asegurar a todos los habitantes del territorio nacional la prestación eficiente de los servicios

públicos, los cuales están sometidos al régimen jurídico que fije la ley y a la regulación, control y vigilancia del mismo Estado.

Concordante con el postulado anterior, según el artículo 150-23 de la Carta Política, el Congreso tiene entre otras funciones la de "expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos domiciliarios".

Las Comisiones de Regulación entre las cuales se encuentra la de la Telecomunicaciones, tienen, de acuerdo con el artículo 73 de la ley 142, "la función de regular los monopolios en la prestación de los servicios públicos, cuando la competencia no sea, de hecho, posible; y, en los demás casos, la de promover la competencia entre quienes prestan servicios públicos, para que las operaciones de los monopolistas o de los competidores sean económicamente eficientes, no impliquen abuso de posición dominante, y produzcan servicios de calidad...".

Para la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones la misma ley 142 de 1994, fija, entre otras, las siguientes funciones especiales:

> "a) Promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones, y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante, pudiendo proponer reglas de comportamiento diferenciales según la posición de las empresas en el mercado.
>
> c) Establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ajercer el derecho a utilizar las redes de telecomunicaciones del Estado; así mismo, fijar los cargos de acceso y de interconexión a estas redes, de acuerdo con las reglas sobre tarifas previstas en esta ley.
>
> d) Reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional, y señalar las fórmulas de tarifas que se cobrarán por concesión".

De otro lado, el artículo 68 de la misma ley 142, expresa lo siguiente:

> "**Delegación de funciones presidenciales a las Comisiones**. El Presidente de la República señalará las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios, que le encomienda el artículo 370 de la Constitución Política, y de los demás a los que se refiere esta ley, por medio de las comisiones de regulación, de los servicios públicos, si decide delegarlas, en los términos de esta ley.
>
> "Las normas de esta ley que se refieren a las comisiones de regulación se aplicarán si el Presidente resuelve delegar la función aludida; en caso contrario, el Presidente ejercerá las funciones que aquí se atribuyen a las comisiones".

A su vez debe tenerse en cuenta que la resolución 014 del 1o. de agosto de 1994, acto acusado, fue expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, no solamente en uso de las facultades que le confiere la ley 142 de 1994 sino también el decreto 1524 de ese mismo año.

Consecuente con lo anterior el decreto 1524 de 1994, "Por el cual se delegan las funciones presidenciales de señalar políticas generales de administración y control de eficiencia en los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", establece en el artículo primero:

> "Deléganse las funciones del Presidente de la República, a las que se refieren el artículo 68 y las disposiciones concordantes, de la ley 142 de 1994 "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones", en la Comisión de Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico y en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, que crea esa ley, para que las ejerzan en la forma allí prevista en relación con cada uno de los servicios públicos respectivos".

De las normas pretranscritas se desprende que una de las funciones del Presidente de la República delegadas en la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones es la de señalar las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos, a la que corresponde la contemplada en el acto acusado.

Ahora, si de conformidad con la ley 142 de 1994 son funciones de la Comisión Reguladora de Telecomunicaciones, promover la competencia en el sector de las telecomunicaciones y proponer o adoptar las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante; establecer los requisitos generales a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho de usar las redes de telecomunicaciones y reglamentar la concesión de licencias para el establecimiento de operadores de dicho servicio, la norma acusada, por la cual la mencionada Comisión fija el número de concesionarios, antes que transgredir la Constitución y la ley 142, viene a constituir un desarrollo de éstas.

Por lo demás, la fijación de un número de operadores puede ser una política general de administración y control en procura de la calidad y eficiencia del servicio público de telecomunicaciones e impedir abusos de posición dominante dentro de la competencia de las distintas empresas prestatarias del servicio.

La fijación de un número limitado de concesionarios es, a la luz de lo dispuesto en el literal c) del artículo 74 de la ley 142 de 1994, una función de la Comisión equivalente a establecer un requisito general a que deben someterse los operadores de los servicios de telefonía básica de larga distancia nacional e internacional para ejercer el derecho a usar las redes de Telecomunicaciones del Estado.

El espectro electromagnético es elemento esencial del servicio de telecomunicaciones cuyo uso debe ser regulado habida cuenta de que es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado (art. 75 C.N.).

La Corte Constitucional (sentencia T-081 de 1993), ha expresado que, "las limitaciones normativas al uso del espectro electromagnético por parte de los particulares obedecen a que éste es parte del territorio colombiano (art. 101 C.N.) y pertenece por lo tanto a la Nación (art. 102 C.N.). Razones de soberanía y seguridad, así como los principios de pluralismo informático, democracia participativa, e igualdad justifican la intervención estatal en las actividades que hacen uso de este bien público en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

"De otra parte factores geográficos, económicos y tecnológicos hacen indispensable la intervención estatal con miras a garantizar las condiciones óptimas de transmisión y de uso adecuado de este bien público".

Así mismo la Constitución de la Unión Internacional de Telecomunicaciones en su artículo 33 al tratar sobre la "utilización del espectro de frecuencias radioeléctricas y de la órbita de los satélites geoestacionarios", recomienda a los países miembros limitar las frecuencias y el espectro utilizado al mínimo indispensable para obtener el funcionamiento satisfactorio de los servicios necesarios y tener en cuenta en la utilización de bandas de frecuencia para las radiocomunicaciones "que las frecuencias y la órbita de los satélites geoestacionarios son recursos naturales limitados que deben utilizarse en forma racional, eficaz y económica, de conformidad con lo estatuído en el Reglamento de radiocomunicaciones para permitir el acceso equitativo a esta órbita y a esas frecuencias a los diferentes países, teniendo en cuenta las necesidades especiales de los países en desarrollo y la situación geográfica de determinados países".

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUÉLVASE al actor la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 13 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ

YESID ROJAS SERRANO

ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO/EJECUCIÓN DE OBRAS MUSICALES-Definición/**DERECHOS DE AUTOR/PAGO**

Del contenido del artículo 22 del Decreto 3116 se desprende que sólo se causa ejecución pública en los establecimientos con acceso al público, siempre y cuando por cualquier medio, bien sea en forma permanente u ocasional, se interpreten o ejecuten obras musicales, lo que indica que de no presentarse dicha ejecución o interpretación, así se trate de los establecimientos enumerados en el artículo 159 de la ley 23 de 1982, no habrá lugar al pago de los derechos de autor.

EJECUCIÓN DE OBRA MUSICAL-Autorización/**DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR**-Facultades/**TARIFAS/AUTORIDAD RECAUDADORA/ USUARIO DE LA MÚSICA**

Si bien es cierto que la autorización para la ejecución o interpretación de una obra musical corresponde a su autor, no lo es menos que la disposición acusada simplemente remite a las disposiciones contenidas en la Resolución No. 009 de 1985 en el caso de no existir acuerdo respecto de las tarifas entre la autoridad recaudadora y el usuario de la música, Resolución emanada de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, la cual como bien lo reconoce el recurrente, es la autoridad competente para la ejecución, vigilancia y cumplimiento de la ley 23 de 1982 (artículo 253).

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1o.) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3251. AUTORIDADES MUNICIPALES. Actor: HEBERT VÁSQUEZ PINZÓN.

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de diciembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, en el proceso de nulidad instaurado contra el Acuerdo No. 015 de 16 de noviembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Calarcá.

ANTECEDENTES

El ciudadano y abogado Hebert Vásquez Pinzón demandó ante el Tribunal Administrativo del Quindío en acción pública de nulidad, el artículo 1o. literal f) y los parágrafos I y II del artículo 2o. del Acuerdo No. 015 de 16 de noviembre de 1993, "Por medio del cual se modifican algunos artículos del Código de Rentas del Municipio de Calarcá (Decreto 213 de 31 de diciembre de 1992)".

La parte demandante señaló como normas violadas las siguientes:

1o. De orden constitucional: Artículos 61, 84 y 313.

2o. De orden legal: Artículos 3o., 4o., 12 literal c), 158, 159 y 161 de la Ley 23 de 1982: artículos 51, 52 numeral 1 y 66 de la Ley 44 de 1993; Ley 48 de 1975; Ley 33 de 1987; artículos 22, 23 y 26 del Decreto Reglamentario 3116 de 1984.

CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

El artículo 61 de la Constitución Política consagra la protección de la propiedad intelectual dentro de la cual se encuentran los Derechos de Autor, regulados por las Leyes 23 de 1982, 44 de 1993, 48 de 1975 y 33 de 1987. En todas estas disposiciones se consagra la autonomía exclusiva de los titulares de los derechos de autor para autorizar la utilización de sus obras, en tanto que el Acuerdo dispone todo lo contrario en el parágrafo I del artículo 2°.

A la autorización para la utilización debe preceder su pago previo o de lo contrario quien la utilice se colocará frente a la conducta delictiva de que trata el artículo 52 de la Ley 44 de 1993.

El artículo 84 de la Carta Política dispone que cuando un derecho haya sido reglamentado de manera general, ninguna autoridad podrá exigir requisitos adicionales, El Concejo de Calarcá, sin tener competencia para ello, exige condiciones y fija conductas diferentes a las determinadas por la Ley 23 de 1982.

El artículo 313 *ibídem* establece la competencia de los Concejos, y en su numeral 1 les señala la función de reglamentar los servicios a cargo del municipio. El Acuerdo entra a fijarle a una ley, requisitos y condiciones que desbordan la competencia del Concejo. La determinación de la competencia de cada órgano es del legislador.

El artículo 3o. de la Ley 23 de 1982 consagra como facultad exclusiva de los titulares del derecho de autor (dentro del cual se encuentra el de ejecución pública de la música) la de disponer gratuita y onerosamente de su obra, y la de aprovecharla económicamente por medio de la utilización pública. A su turno, el artículo 12 literal c) otorga a los titulares del derecho de autor la autonomía para comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o cualquier otro medio. El Acuerdo acusado al disponer en su parágrafo II que quien utilice la música podrá hacer ese pago por consignación y el comprobante de depósito suplirá la falta de comprobante, está autorizando en contra de la voluntad de los titulares, la utilización de la música, ya que cuando la ley determina que toda utilización pública de la música debe ser autorizada y que para la obtención de la licencia de funcionamiento debe presentarse el comprobante de cubrimiento de los derechos de autor, se está refiriendo al comprobante de pago de tal autorización.

El parágrafo I del artículo 2o. del acto acusado desconoce. y cuestiona el texto del artículo 12 de la Ley 23, que dispone que es el titular del derecho el que otorga el permiso para que la música sea utilizada y no que el usuario pague la utilización de la música cuando quiera.

De igual manera, dicho parágrafo I impone en forma arbitraria e ilegal a las autoridades municipales de Calarcá un proceder contrario al señalado en el artículo 66 de la Ley 44 de 1993, que establece en forma perentoria y sin consideraciones de ninguna naturaleza que "Las autoridadee de todo orden se abstendrán de expedir o renovar la patente de licencia de funcionamiento.... hasta cuando el solicitante... presente el comprobante de haber cancelado a los autores o representantes los correspondientes derechos de autor". Si la ley no otorga la posibilidad a las autoridades de entrar en consideraciones de ninguna clase, cómo es que el Acuerdo entra a cuestionar la obligación de las autoridades, imponiéndoles otras diferentes.

El Acuerdo hace distinciones donde la ley no las hace, imponiéndoles tanto a las autoridades municipales como a las entidades recaudadoras, condiciones, limitaciones y conductas que restringen los derechos consagrados en la ley.

De otra parte, si el artículo 158 de la Ley 23 dispone que toda ejecución pública debe ir precedida de la autorización expresa de su titular o sus representantes, de dónde el Concejo decide establecer que no se podrá exigir el pago anticipado de esos derechos.

El literal f) del artículo 1o. del acto acusado es violatorio del artículo 159 de la Ley 23, porque en ésta tampoco se le autoriza a ninguna autoridad para que sea ella quien señale quién utiliza la música, pues ello corresponde únicamente al titular del derecho, ya que a ninguna Alcaldía por ley se le ha otorgado tomar, tal o cual decisión al respecto. Lo único que la ley dispone es que las Alcaldías sólo pueden entregar u otorgar licencia de funcionamiento cuando quien la solicita presenta el documento de cancelación del derecho de utilización de la música.

Respecto del inciso único del parágrafo I del artículo 2o. que dispone: "Cuando no hubiere concertación entre la entidad recaudadora y el usuario de la música...", debe anotarse que el Tribunal Administrativo de Santander en sentencia del 18 de noviembre de 1993, declaró la nulidad del Decreto 112 del 6 de febrero de 1992, mediante el cual la Alcaldia disponía el mismo punto transcrito. En dicha sentencia se determinó que el Alcalde no era competente para procurar los medios para hacer efectivo el cobro de las tarifas supletorias establecidas en la Resolución No. 009 de 1985.

El parágrafo II del mismo artículo 2o. del Acuerdo demandado viola en forma ostensible el artículo 158 de la Ley 23 de 1982 que establece que quien utilice públicamente la música debe obtener previamente la autorización, pues suprime o suple la autorización previa que corresponde a los titulares, por un comprabante de depósito diferente al que la Ley 23 determina. Este parágrafo es contrario igualmente al artículo 66 de la Ley 44 de 1993 y al artículo 23 del Decreto 3116, disposiciones que ordenan que el único comprobante válido para que la Administración otorgue la licencia de funcionamiento, es el documento expedido por una asociación legalmente reconocida. Es este el comprobante que existe la ley y no otro.

La parte demandada no contestó la demanda.

LA PROVIDENCIA APELADA

Al desatar la controversia planteada, el Tribunal de primera instancia declaró la nulidad de la segunda parte del Parágrafo I y no anuló la primera parte, según la cual "El cobro por los derechos de ejecución pública de la música procederá por las ejecuciones musicales efectuadas en el correspondiente período y el paz y salvo o comprobante de que trata el artículo 23 del Decreto 3116 de 1994 tendrá validez por el mismo período de la Licencia o renovación", y declaró igualmente la nulidad del Parágrafo II del artículo 2o. del Acuerdo No. 015 de 16 de noviembre de 1993 y denegó las demás pretensiones de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación:

1o. No existe contradicción entre el aparte demandado del literal f) del artículo 1o. y el artículo 159 de la Ley 23 de 1982, toda vez que éste último considera que donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, hay ejecución pública, y para el efecto relaciona una serie de sitios. Sin embargo, puede que en algunos de tales sitios no haya ejecución pública (por ejemplo un establecimiento comercial dedicado a la venta de ropa), razón por la cual no hay lugar al pago de derechos de autor. En consecuencia, el Concejo de Calarcá procedió legalmente al establecer como requisito para la obtención de la licencia de funcionamiento, la manifestación escrita de que no se hacen ejecuciones públicas. Lo que el Acuerdo persigue es que quien no haga ejecución pública, no tenga que pagar derechos de autor.

2o. Respecto del Parágrafo I del artículo 2° del acto acusado, el Tribunal advierte que a pesar de que se solicita su nulidad total, el concepto de violación se circunscribe a un aparte, razón por la cual sólo se pronunciará respecto de dicho aparte.

El artículo 66 de la Ley 44 de 1993 consagra dos situaciones: una que hace relación a los establecimientos que apenas se constituyen o van a iniciar su actividad, y la segunda que se refiere a los establecimientos ya constituidos. En ambos casos se requiere que el interesado presente comprobante de haber cancelado los derechos de autor. Entonces, si a quien se le va a expedir la licencia por primera vez debe comprobar el pago de los derechos de autor, tal circunstancia supone que el pago debe ser previo.

De lo anterior se deduce que el aparte del parágrafo I del artículo 2o. que establece: "En ningún caso las autoridades o la entidad legalmente autorizada para el cobro de los derechos por ejecución pública de la música podrá exigir el pago anticipado de esos derechos", debe ser declarado nulo.

3o. En cuanto al aparte que reza "Cuando no hubiere concertación entre la entidad recaudadora... se aplicarán las disposiciones contenidas en la Resolución No. 009 de enero 28 de 1985...", el *a-quo* estimó que no es violatorio de norma alguna, pues aunque el demandante sustenta su petición en una sentencia del Tribunal de Santander, en ésta se decretó la nulidad no por la aplicación de tal resolución, sino por el hecho de abrir uña cuenta donde el interesado pudiera consignar los derechos de autor. No exiete norma jurídica que impida al Concejo de Calarcá implementar la ejecución de la Resolución No. 009 de 1985, cuando no hay acuerdo previo entre el titular y el usuario.

4o. En cuanto al parágrafo II del artículo 2o. del Acuerdo demandado, el fallador de primera instancia consideró que al establecer el artículo 161 de la Ley 23 de 1982 que para obtener licencia de funcionamiento se debe presentar comprobante de haber pagado "... a los autores, representantes o causahabientes, los correspondientes derechos de autor .." no podía el Concejo establecer una forma de pago diferente.

Como la Ley 23 de 1982 que reguló los derechos de autor no contempla la posibilidad de que alguna autoridad administrativa se atribuya la facultad de determinar una forma diferente de pago de los derechos de autor, la conducta del Concejo de Calarcá infringe el principio de las competencias regladas, lo cual da lugar a la nulidad del citado parágrafo II.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En su escrito de apelación el recurrente expresa, en síntesis, lo siguiente:

1o. La acción de nulidad de conformidad con el artículo 84 del C.C.A., procede no sólo cuando el acto infringe las normas en que debería fundarse, sino como se presentó en este caso, cuando es expedido con desviación de las atribuciones de la corporación que lo profirió.

2o. El Tribunal del Quindío no declaró la nulidad del aparte del literal f) del artículo 1o. por considerar que no existía contradicción entre éste y el artículo 159 de la Ley 23 de 1982. Sin embargo, su nulidad deba ser declarada, por cuanto el Concejo no puede

crear normas no contenidas en la ley, ni con el pretexto del reglamento, modificarlas o contrariar su espíritu o finalidad.

3o. Corresponde a los titulares del derecho y no a los Concejos, la autorización para la utilización o ejecución pública de la música por parte de los usuarios (Ley 23 de 1982, artículos 3° literal a), 4° literales a) y b) y 12 literal c).

4o. Existe en la Ley 23 de 1982 una cadena de actos ligados entre sí y ordenados por la misma ley, cadena ésta que normas menores como ordenanzas o acuerdos no pueden modificar bajo ningún aspecto.

5o. Respecto del aparte del parágrafo I del artículo 2o. del Acuerdo acusado, el Tribunal no declaró su nulidad argumentando que no existe norma jurídica que impida al Concejo de Calarcá implementar la Resolución No. 009 de 1985 cuando no hay acuerdo previo entre el titular y el usuario, olvidando que la nulidad se solicitó más que todo porque el Concejo de Calarcá como cualquier otro, carecía de competencia para "implementar", reglamentar, interpretar o establecer requisitos a una ley.

La potestad reglamentaria no le está atribuida a los Concejos, no pudiendo por tanto éstos realizar actividades que no le han sido asignadas expresamente. El particular puede hacer todo lo que no le está prohibido y los Concejos o autoridades de cualquier índole, lo que les está permitido.

La Ley 23 de 1982 no delegó en los Concejos Municipales ninguna atribución que les permitiera hacer efectivo el cobro de la tarifa supletoria establecida por la Dirección del Derecho de Autor. Crear mecanismos como los aquí analizados, con el pretexto de dar cumplimiento a la ley, viola el principio de la competencia reglada y extralimita ostensiblemente el alcance y sentido de la ley.

El artículo 253 de la Ley 23 de 1982 dispone que es la Dirección Nacional del Derecho de Autor la autoridad competente para la ejecución, vigilancia y cumplimiento de dicha ley.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación es partidaria de que no se acceda a las súplicas del apelante, por cuanto le asiste la razón al Tribunal del Quindío cuando consideró que sólo están obligados al pago de derechos de autor los establecimientos relacionados en el artículo 159 de la Ley 23 de 1982, siempre y cuando se interpreten o ejecuten en ellos, públicamente, obras musicales. En caso contrario, es decir, cuando no se da la interpretación o ejecución pública de obras musicales, no hay lugar a pago alguno de derechos de autor, por sustracción de materia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los artículos demandados que no fueron declarados nulos y a los cuales se contrae el recurso del apelante, son el literal f) del artículo 1o., y el inciso final del parágrafo I

del artículo 2o. del Acuerdo No. 015 de 1993.

El literal f) del artículo 1o. dice:

> "ARTÍCULO PRIMERO: Adiciónase el artículo 274 del Código de Rentas del Municipio, con el siguiente ordinal:
>
> "f) Paz y salvo o comprobante de haber pagado los derechos por ejecución pública de la música, o manifestación escrita de que no se ejecutan obras musicales, cuando el establecimiento sea de aquellos a que se refiere el artículo 159 de la Ley 23 de 1982".

Por su parte, el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 y el cual considera el actor violado por parte de la norma arriba transcrita, reza:

> "Artículo 159. Para los efectos de la presente Ley se consideran ejecuciones públicas las que se realicen en teatros, cines, salas de concierto o baile, bares, clubes de cualquier naturaleza, estadios, circos, restaurantes, hoteles, establecimientos comerciales, bancarios e industriales y en fin donde quiera que se interpreten o ejecuten obras musicales, o se transmitan por radio y televisión, sea con la participación de artistas, sea por procesos mecánicos, electrónicos, sonoros o audiovisuales".

Para la Sala la decisión del Tribunal habrá de ser confirmada, pues es claro que no siempre en los sitios a que alude el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 se ejecutan obras o piezas musicales, razón por la cual es lógico que se exija dicha certificación, pues no sería justo el que tuviesen que pagar derechos de autor los citados establecimientos, por el sólo hecho "de encontrarse enumerados en el artículo 159, así no se interpreten o ejecuten en ellos obras musicales.

En armonía con lo expuesto, el artículo 22 del Decreto No. 3116 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 23 de 1982", dispone:

"Artículo 22. Se causa ejecución pública en todo sitio, lugar o establecimiento de cualquier naturaleza con acceso al público, en donde se interpreten o ejecuten obras musicales, transmitan por radio o televisión, sea por procesos mecánicos, electrónicos o audiovisuales, en forma permanente u ocasional.

"PARÁGRAFO. No se causa ejecución pública en los establecimientos en general que utilicen música para bienestar exclusivo de sus trabajadores ni en los casos previstos en los artículos 44, 149 y 164 de la Ley 23 de 1982" (dichos artículos se refieren respectivamente, a la utilización de obras científicas, literarias o artísticas en el domicilio privado sin ánimo de lucro, representación de obras y ejecución pública que se realicen en institutos de educación, siempre que no se cobre suma alguna por el derecho de entrada)".

Del contenido de la norma se desprende que sólo se causa ejecución pública en los establecimientos con acceso al público, siempre y cuando por cualquier medio, bien sea en forma permanente u ocasional, se interpreten o ejecuten obras musicales, lo que indica que de no presentarse dicha ejecución o interpretación, así se trate de los establecimientos enumerados en el artículo 159 de la Ley 23 de 1982, no habrá lugar al pago de los derechos de autor.

En consecuencia, no es cierta la afirmación que hace el apelante en su demanda en cuanto a que el Acuerdo acusado está señalando quién utiliza o no la música, toda vez que lo que está disponiendo el aparte acusado del literal f) es simplemente que se exprese por escrito que no se está ejecutando públicamente obra alguna en los establecimientos a que alude el artículo 159 de la Ley 23 de 1982.

A su turno, el inciso final del parágrafo I del artículo 2o. que tampoco fue declarado nulo, prescribe:

> "Cuando no hubiere concertación entre la entidad recaudadora y el usuario de la música, respecto de las tarifas por ejecución pública de la música se aplicarán las disposiciones contenidas en la Resolución No. 009 de enero 28 de 1985, emanada de la Dirección Nacional del Derecho de Autor".

El apelante sostiene que la anterior disposición es violatoria de los artículos 3o. literal A y B; y 12 litetal C de la Ley 23 de 1982, por cuanto según éstos, corresponde a los titulares del derecho y no a los Concejos la autorización para la utilización o ejecución pública de la música por parte del usuario.

El contenido de los preceptos que se consideran violados es como sigue:

> "Artículo 3°. Los derechos de autor comprenden para sus titulares las facultdes exclusivas:
>
> "a. De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte".
>
> "Artículo 4o. Son titulares de los derechos reconocidos por la ley;
>
> "A. El autor de su obra;
>
> "B. El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución; ..."
>
> "Artículo 12. El autor de una obra protegida tendrá el derecho exclusivo de realizar o de autorizar uno cualquiera de los actos siguientes:
>
> "A. ...
>
> "B. ...
>
> "C. Comunicar la obra al público mediante representación, ejecución, radiodifusión o cualquier otro medio".

Para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad el cargo anterior, toda vez que si bien es cierto que la autorización para la ejecución o interpretación de una obra musical corresponde a su autor, no lo es menos que la disposición acusada simplemente remite a las disposiciones contenidas en la Resolución No. 009 de 1985 en el caso de no existir acuerdo respecto de las tarifas entre la autoridad recaudadora y el usuario de la música. Resolución emanada de la Dirección Nacional del Derecho de Autor, la cual como bien lo reconoce el recurrente, es la autoridad competente para la ejecución, vigilancia y cumplimiento de la Ley 23 de 1982 (artículo 253).

No es cierto por tanto, que el Concejo de Calarcá a través del Acuerdo No. 015 de 1993 esté autorizando al usuario la utilización de la música.

Finalmente, se observa que tal como se expresó al hacer referencia a la "Providencia Apelada", el *a-quo* tampoco anuló la primera parte del parágrafo I del artículo 2o. del Acuerdo acusado. Sin embargo, la Sala no se pronunciará sobre tal aspecto pues no fue cuestionado por el recurrente al interponer la alzada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 27 de julio de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

DIMAR-Funciones/**CAPITANÍA DE PUERTOS-**Funciones/**INSTITUTO AGUSTÍN CODAZZI-**Funciones/**REGISTRO CATASTRAL/CERTIFICADO DE BIEN PÚBLICO-**Improcedencia

El Decreto Ley 2324 de 1984 dispuso que la DIMAR tiene atribución de adelantar y fallar investigaciones por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a su jurisdicción e imponer sanciones correspondientes. Del contenido de estas disposiciones, que son las únicas del mencionado decreto que guardan relación con la medida adoptada en el oficio que sirvió de fundamento al acto acusado, no se infiere que la DIMAR o las Capitanías de Puerto puedan, a título de colaboración, exigir al Instituto Geográfico Agustín Codazzi que se abstenga de hacer registros de referencias catastrales. Consecuencia de la declaratoria anterior no es, como lo solicita la actora, que se ordene a la demandada hacer el loteo general del predio referenciado catastralmente bajo el número 000200010267000, sino que al volver las cosas al estado anterior debe entonces el Instituto Geográfico Agustín Codazzi dar trámite a la solicitud de aquélla.

ACTO DE TRÁMITE/ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA-Suspensión/**JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA**

La DIMAR no otorga el certificado que reclama el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para continuar el trámite, por lo menos hasta que concluya la investigación a que alude el citado oficio, y desde este punto de vista las exigencias a que el acto acusado se contrae no pueden satisfacerse, lo cual impide la continuación de la actuación administrativa, haciéndose por lo mismo este acto de trámite enjuiciable ante esta jurisdicción.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3081. Acción: Nulidad. Actora: SOCIEDAD EDRIMAN LIMITADA.

La Sociedad EDRIMAN LIMITADA, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1a.): Es nulo en su totalidad el acto administrativo No. 7.1/001045 de 31 de enero de 1994, en virtud del cual se niega la inscripción del loteo general del predio referenciado catastralmente bajo el número 000200010267000, expedido por el Director Seccional del Atlántico del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2a.): Como consecuencia de la anterior declaración se restablezca en su derecho a la demandante inscribiendo el loteo general del predio antes enunciado.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o.): El acto acusado viola el artículo 58 de la Constitución Política, por cuanto la propiedad de la actora está en conformidad con la ley. Se violó esta norma constitucional por una falsa motivación.

2o.): El Instituto Geográfico Agustín Codazzi se ha fundamentado para negar la inscripción del loteo general del predio de propiedad de la actora, en el Oficio No. 705 CP3-OFJUR-747 de 13 de septiembre de 1990, expedido por la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), en el cual le solicita a dicho Instituto abstenerse de inscribir, rectificar en el catastro, predios que colinden con el mar hasta tanto la Capitanía del Puerto no expida la correspondiente certificación de si están o no en predios denominados bienes de uso público; y en el estudio o concepto de la Oficina Jurídica de Catastro-Bogotá, que mediante el oficio No. OJ-1095 de 19 de abril de 1994 concluyó que juridicamente era procedente darle cumplimiento a lo ordenado por la DIMAR, por cuanto ésta se apoyaba en los artículos 2o. y 5o. numerales 21, 22 y 26 del Decreto Ley No. 2324 de 1984.

El conflicto se centra es en la falta de competencia de la Capitanía del Puerto de Barranquilla para prohibirle al Instituto Geográfico Agustín Codazzi la inscripción de loteos, rectificaciones de áreas, etc., de predios que colinden con el mar, ya que esta función es competencia única y exclusiva de este ente censor y no de la DIMAR.

La Oficina Jurídica de Catastro de Bogotá no tuvo en cuenta la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que declaró inconstitucional el decreto ley No. 2324 de 1984 en todas aquellas disposiciones en las cuales atribuía a la Dimar competencia para dictar regulaciones o reglamentos. Ello significa y confirma que la función de regulación, es decir, la de dictar normas de carácter general en cualquier esfera de la actividad nacional pertenece únicamente al legislador, conforme a lo señalado en el artículo 150 de la Constitución Política.

En consecuencia, el fundamento jurídico sobre el cual se basó el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para negar la inscripción del loteo general no existe a la luz del derecho. En conclusión, si la Dimar carece de competencia para atribuirse esa facultad que se arrogó al expedir el oficio No. 705 CP3 OFJUR 747 de 13 de septiembre de 1990, todo acto que se expida con fundamento en él será ilegal y nulo.

El Subdirector de Catastro - Bogotá en su respuesta de 16 de marzo de 1994 a la consulta elevada vía fax el 2 del mismo mes y año, claramente manifiesta en el aparte 1o. y 2o. que no se requiere como requisito esencial la certificación de la Dimar para la inscripción del loteo general de predio, pero que existe una solicitud de la Dimar, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Ley No. 2324 de 1984, en el que se establecen los derechos de la Nación en la playas y litorales.

La controversia no versa sobre si se trata de bienes de uso público o nó, solo de una simple inscripción de loteo general de un predio previamente inscrito en el Catastro, la cual se encuentra dentro del giro normal de las funciones del Instituto como órgano censor, y en cumplimiento de lo establecido en el Decreto No. 3496 de 1983, en concordancia con la Resolución No. 2555 de 1983.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1.1-. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones de la actora adujo, en esencia, lo siguiente:

1o.): La negativa de efectuar el trámite de la mutación catastral por un loteo no puede configurar una violación del derecho de propiedad consagrado en el artículo 58 de la Constitución Política, porque las inscripciones catastrales no tienen la virtud de constituirse en título de dominio ni de sanear los vicios de la propiedad, según lo han determinado los artículos 9o. del Decreto No. 1301 de 1940 y 18 de la Resolución No. 2555 de 1983, emanada de la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2o.): La segunda argumentación del concepto de violación es un ataque al oficio No. 705CP3-OFJUR 747, expedido por la DIMAR, el 13 de septiembre de 1990, pero este acto administrativo no fue demandado en este proceso.

3o.) El oficio demandado no niega la inscripción del loteo general del predio de la actora sino que expresa que a la solicitud de desenglobe no se le puede dar trámite hasta tanto no se aporte el respectivo concepto o autorización de la DIMAR de Barranquilla. Entonces dicho oficio es un acto administrativo de trámite.

II.1.2.- EXCEPCIONES:

INEPTA DEMANDA:

El oficio atacado no contiene una decisión definitiva del Instituto Geográfico Agustín Codazzi sino que reitera la solicitud der allegar un documento para continuar el trámite de la petición y la jurisdicción de los Contencioso Administrativo solamente conoce de las demandas contra actos administrativos definitivos, por lo cual debe declararse probada esta excepción y abstenerse la Corporación de decidir el fondo de la *litis*.

CADUCIDAD:

Si hipotéticamente se aceptara que hubo un acto administrativo del cual pudiera conocer el Consejo de Estado, ocurrió la caducidad, pues la posición del Instituto fue expuesta a la demandante el 29 de noviembre de 1993, y así lo confiesa ésta en el hecho segundo de la demanda.

Es más, en el hecho cuarto de la misma la actora confiesa que el 24 de diciembre de 1993, en horas de la tarde, el Instituto le envió el oficio No. 003721 en el cual le informan que dicho ente no dio trámite a la solicitud presentada porque no se anexó con los documentos la certificación de la DIMAR.

No resulta aceptable ni jurídico contar el término de caducidad desde la fecha de la tercera vez en que se manifestó a la actora que estaba suspendido el trámite de su petición.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su visita de fondo se muestra partidiaria de que se produzca un pronunciamiento inhibitorio porque, a su juicio, el oficio impugnado no constituye acto administrativo pues él se limita a informar a la peticionaria sobre el requisito necesario para proceder a resolver su solicitud.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe la Sala, en primer término, pronunciarse sobre las excepciones propuestas por la entidad demandada.

En cuanto a la excepción de inepta demanda la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad. En efecto, si bien es cierto que el acto acusado se limita a expresar que no se puede dar trámite a la solicitud de la actora hasta tanto no se allegue el certificado de la DIMAR acerca de si se trata de bienes de la Nación y/o sometidos a su Jurisdicción

y se realice la correspondiente alinderación por parte del INCORA, de acuerdo con el decreto No. 2031 de 1988 (folios 16 y 17), no lo es menos que el fundamento del mismo descansa en el oficio No. 705CP3-OFJUR 747, expedido por la Capitanía de Puerto de Barranquilla, el 13 de septiembre de 1990, en el cual ésta solicita al Instituto Geográfico Agustín Codazzi colaboración en el sentido de que, como medida preventiva, no efectúe el registro de referencias catastrales de lotes, entre otros, de la firma EDRIMAN, por cuanto en ese despacho cursa investigación administrativa contra ella por presunta ocupación indebida de terrenos de la Nación (folio 18).

De tal manera que la DIMAR no otorga el certificado que reclama el Instituto Geográfico Agustín Codazzi para continuar el trámite, por lo menos hasta que concluya la investigación a que alude el citado oficio, y desde este punto de vista las exigencias a que el acto acusado se contrae no pueden satisfacerse, lo cual impide la continuación de la actuación administrativa, haciéndose por lo mismo este acto de trámite enjuiciable ante esta jurisdicción (artículo 50 *in fine* C.C.A.).

Respecto de la excepción de caducidad advierte la Sala que tampoco está llamada a prosperar ya que si bien es cierto que con anterioridad al acto acusado se le comunicó a la actora sobre la exigencia de aportar el certificado de la DIMAR, no lo es menos que sólo con la expedición de aquél se le dieron a conocer en concreto a la demandante los motivos por los cuales se hacía tal exigencia y fue lo que le permitió a ésta fundamentar los cargos de violación a través de la acción prevista en el artículo 85 del C.C.A.

Al no prosperar las excepciones, es del caso analizar el fondo del asunto.

Sobre el particular, cabe tener en cuenta lo siguiente:

El decreto ley 2324 de 1984 "Por el cual se reorganiza la Dirección General Marítima y Portuaria", vigente cuando se expidió el oficio que sirvió de fundamento al acto acusado, en su artículo 5o. dispuso que la DIMAR tiene la atribución de adelantar y fallar investigaciones por construcciones indebidas o o autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a su jurisdicción e imponer las sanciones correspondientes.

El artículo 178 *ibídem* previó que los capitanes de Puerto deben hacer respetar los derechos de la Nación impidiendo ocupaciones de hecho, y que para ejercer tal atribución deben enviar a la DIMAR un informe pormenorizado al respecto para que se solicite al Agente del Ministerio Público que inicie las acciones del caso a fin de recuperar los bienes.

Del contenido de estas disposiciones, que son las únicas del mencionado Decreto que guardan relación con con la medida adoptada en el Oficio que sirvió de fundamento al acto acusado, no se infiere que la DIMAR o las Capitanías de Puerto puedan, a título de colaboración, exigir al Instituto Geográfico Agustín Codazzi que se abstenga de hacer registros de referencia catastrales.

Esta circustancia, que ha debido observarla entidad demandada, lo cual no hizo, le da virtualidad de prosperar al segundo cargo del libelo demandatorio, por falsa

motivación, como quiera que en el acto acusado que de aquella consideró que las normas del Decreto Ley 2324 de 1984 le daban facultada la DIMAR para solicitar la abstención de registrar referencias catastrales, imponiéndole en consecuencia la obligación de exigir un certificado de la misma para tal efecto.

Por esta razón habrá de declararse la nulidad del acto acusado.

Consecuencia de la declaratoria anterior no es, como la solicita la actora, que se ordene a la demandada hacer el loteo general del predio referenciado catastralmente bajo el número 000200010267000, sino que al volver las cosas al estado anterior debe entonces el Instituto Geográfico Agustín Codazzi dar trámite a la solicitud de aquélla, de acuerdo con los documentos anexados a la misma y con fundamento en las normas que gobiernan las actuaciones administrativas catastrales, que fue lo que se abstuvo de hacer, por las razones anotadas en el acto cuestionado.

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

FALLA:

1o): DECLÁRASE la nulidad del Oficio No. 7.1/001045de 31 de enero de 1994, expedido por el Director Seccional del Atlántico del Instituto Geográfico Agustín Codazzi.

2o): Como consecuencia de la declaratoria anterior y, a título de restablecimiento del derecho, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Seccional del Atlántico debe dar trámite a la solicitud de la actora, de acuerdo con los documentos anexados a la misma y con fundamento en las normas que gobiernan las actuaciones administrativas catastrales.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del 3 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA/SALA PLENA-Funciones/**COMPETENCIA GENERAL/SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**-Efectos

El constituyente señaló la competencia general o institucional del Consejo superio de la Judicatura, pero en lo tocante a la correspondiente a cada una de las Salas que la integran (Plena, Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria) se la defirió a la ley, empleando para tal efecto las expresiones "de acuerdo a la ley", y con sujeción a la ley". Los artículos 256 y 257 de la C.P. fueron desarrollados por el Decreto Ley 2652 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente en el literal c del artículo transitorio 5o. La declaratoria parcial de inexequibilidad del numeral 8o. del artículo 4o. del Decreto 2652 de 1991 implicó su desaparición del mundo jurídico, lo cual produjo estas consecuencias: en primer lugar, que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura carece de la atribución conferida en dicho numeral, a partir de la ejecutoria del fallo en referencia; y, en segundo lugar, se creó un vacío normativo en lo concerniente a la función que regulaba el extinto numeral 8o. que sólo puede ser llenado por una norma de carácter legal, de conformidad con los mandatos constitucionales y los parámetros fijados por el juzgador constitucional, norma esta que aún no ha sido expedida. Lo expuesto por la Corte Constitucional en los considerandos del fallo en referencia solamente tiene el alcance de pautas, pues sus providencias no tiene la virtualidad de sustituir la norma o normas declaradas inexequibles, habida cuenta que ni la Constitución Política ni el Decreto Ley 2067 de 1991 la autorización para ello, a diferencia de los organismos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa que sí

lo están repecto de los actos administrativos declarados nulos para el efecto de atender las peticiones previstas en los artículos 85 a 88 del C.C.A., por mandato expreso del artículo 180 *ibídem.*

JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD-Funciones/ **JUEZ DE INSTANCIA**-Atribuciones

Los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, los falladores perdieron la competencia para la vigilancia de la ejecución de penas y medidas de seguridad, no lo es menos que el acto acusado no está desconociendo la competencia de tales jueces sino que, por el contrario, en aras de garantizar una pronta resolución a las solicitudes de los condenados, previó que en el evento de no existir el Juez Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, sus funciones las asumiría el fallador de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del C.P.P.

ENVÍO DE COPIAS DE LA SENTENCIA/JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS/ EJECUCIÓN DE PENAS-Vigilancia

Ordenar el envío de copias de la sentencia al Juez de Ejecuciónde Penas y Medidas de Seguridad donde se encuentre cada uno de los condenados, significa que quien vigilará la ejecución de la pena es el Juez donde efectivamente se está cumpliendo la condena, luego es a él a quien debe dirigirse el condenado para la resolución de sus solicitudes.

COMISIÓN PARA PRÁCTICA DE PRUEBAS/FUNCIONARIO COMISIONADO/CATEGORÍA SUPERIOR A LA DEL COMITENTE-Improcedencia

El artículo 5o. del Decreto-Ley 2652 de 1991 dispone que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrán ordenar comisiones para la práctica de diligencias fuera de su sede, de conformidad con el artículo 82 del C.P.P., el cual, a su turno, prescribe: "Los funcionarios judiciales podrán comisionar fuera de su sede, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría". Si la norma acusada hace la prevención de que las comisiones se ordenarán conforme al citado artículo 82, no cabe la menor dudda que el funcionario comisionado no puede ser de categoría superior a la del comitente, como lo sugiere el demandante para sustentar el quebranto de éste.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3084. Acción: Nulidad. Actor: Jaime Enrique Lozano.

El ciudadano JAIME ENRIQUE LOZANO, obrando su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de algunos apartes del artículo 1o. y de su parágrafo, así como de la totalidad de los artículos 3o. y 5o. del Acuerdo No. 54 de 24 de mayo de 1994 "Por el cual se fijan los requisitos para el funcionamiento de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad", expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

I. EL ACTO ACUSADO

Son los apartes del artículo 1o. y de su parágrafo que se subrayan a continuación, y la totalidad de los artículos 3o. y 5o. del Acuerdo No. 54 de 24 de mayo de 1994:

"ARTÍCULO PRIMERO. Los Jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, conocen de todas las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados que se encuentren en las cárceles del respectivo Circuito donde estuvieren radicados, sin consideración al lugar donde se hubiere proferido la respectiva sentencia.

Asimismo conocerán del cumplimiento de las sentencias condenatorias, donde no se hubiere dispuesto el descuento efectivo de la pena, siempre y cuando que el fallo de primera o única instancia se hubiere proferido en lugar de su sede.

.....

.....

PARÁGRAFO, Cuando algún condenado sea trasladado de penitenciaría o pabellón psiquiátrico, aprehenderá el conocimiento, el juez de ejecución de penas respectivo, a quien se remitirá la documentación correspondiente. Si no hubiere juez de ejecución de penas, reasumirá la competencia el juez que dictó el fallo de primera o única instancia.

.....

.....

"ARTÍCULO TERCERO.- Cuando en un mismo proceso hubiere varios condenados cumpliendo penas o medidas de seguridad en distintas penitenciarías o pabellones psiquiátricos, se enviarán copias debidamente complementadas y legibles, al juez o jueces competentes para la ejecución de la pena, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo primero del presente acuerdo".

.....

.....

"ARTÍCULO QUINTO.- Para el cabal cumplimiento de sus funciones, los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad, podrán ordenar comisiones para practicar diligencias fuera de su sede, de acuerdo con el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal".

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones adujo el actor la violación de los artículos 1o., 4o., 6o., 84, 256 y 257 de la Constitución Política, sustentándola así;

Las disposiciones demandadas pretenden reglamentar un asunto que ya lo fue por el legislador extraordinario, esto es, la puesta en marcha y el funcionamiento y competencia de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución Política.

El artículo 500 y subsiguientes del Código de Procedimiento Penal (Decreto Ley 2700 de 1991) confieren plena competencia al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad para la vigilancia de la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada, con la ayuda del hoy denominado Instituto Nacional Penitenciario -INPEC-.

La órbita de jurisdicción y competencia ya estaba reglamentada por el legislador, careciendo por tanto la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura de atribuciones legales y constitucionales para legislar, so pretexto de reglamentar.

De las normas acusadas se infiere que:

a): Una vez en firme una sentencia condenatoria el sentenciador de primer grado pierde la competencia para seguir conociendo de la ejecución de la pena o medida de seguridad impuesta, al. tiempo que la adquiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del respectivo Distrito Judicial.

b): Cualquier solicitud de libertad condicional, cambio de sitio de reclusión o de pabellón psiquiátrico, reconocimiento de rebaja de pena, etc., debe ser resuelta por el correspondiente Juez de Ejecución y Medidas de Seguridad, sin más limitaciones que las constitucionales y legales.

c): Habiéndose fijado taxativamente por el legislador el ámbito de competencia y jurisdicción de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, no podía un órgano diferente del Poder Público entrar a reglamentar lo que ya había sido reglamentado por la Rama competente del Estado.

d): Del texto del artículo 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal se concluye que los Jueces que dictaron las sentencias condenatorias siguen asumiendo su competencia para la ejecución de las mismas, "Mientras el Consejo Superior de la

Judicatura crea los cargos de ejecución de penas". Creados como fueron esos cargos, los jueces falladores perdieron la competencia al tiempo que la adquirían los nuevos funcionarios.

e): El artículo 5o. del Acuerdo demandado al establecer que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrán ordenar comisiones, contradice abierta y ostensiblemente el artículo 82 del Código de Procedimiento Penal, pues en la norma acusada no se especifica a qué clase o categoría de funcionarios judiciales puede comisionar, quedando incluidos todos, es decir, desde magistrados de las altas corporaciones judiciales hacia abajo en la pirámide jerárquica. Así, un Juez de Ejecución de Penas bien podría comisionar a Magistrados de los Tribunales Superiores, más aún cuando las demás normas demandadas les atribuyen competencia, inconstitucional e ilegalmente, para conocer de la ejecución de las penas y medidas de seguridad únicamente de detenidos que se hallen recluidos en la ciudad de la sede del Juez de Ejecución respectivo.

f): Pretender reglamentar arbitrariamente asuntos como el anterior, diluyendo la competencia para la vigilancia y ejecución de penas y medidas de seguridad (cuando hay varios detenidos en diferentes ciudades) en jueces de diversos lugares de la Nación, atenta contra las disposiciones legales y constitucionales mencionadas, así como contra el artículo 29 de la Constitución Política por violar ostensiblemente principios como el del Juez natural, el acceso a una pronta, y cumplida justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal o adjetivo, la legalidad del procedimiento, etc., pues en la praxis, el reo raramente sabrá qué Juez y de qué ciudad debe responderle oportunamente sus peticiones.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, filiación en lista y alegaciones.

III.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Dirección Nacional de Administración Judicial, entidad que representa a la Nación –Consejo Superior de la Judicatura–, no contestó la demanda.

III.2. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte actora no alegó de conclusión.

La entidad demandada en el alegato de conclusión esgrime como argumentos de su defensa, los siguientes:

1o): No le asiste razón al actor cuando opina que el Consejo Superior de la Judicatura quiso legislar, contraviniendo así lo dispuesto en el artículo 84 de la Constitución Política.

Si se lee con detenimiento el Acuerdo demandado y se compara su articulado con los artículos 75, 76, 82, Libro IV (artículo 500 y siguientes) y 15 transitorio del Código de Procedimiento Penal; 14, 16, 22, 51, 62 y 72 al 78 del Código Penitenciario y Carcelario (Ley 65 de 1993), se observa que el Acuerdo No. 54 de 1994 simplemente reúne las disposiciones dispersas para facilitar de esta manera la correcta y oportuna administración de justicia y no establece ni exige permisos, licencias ni requisitos adicionales a los señalados en las normas mencionadas, no contrariando por tanto el artículo 84 de la Carta Política.

Las normas acusadas tienen el siguiente sustento legal:

a): El artículo 1o. del Acuerdo No. 54 de 1994 está de conformidad con los artículos 14, 22, 35 y 51 del Código Penitenciario y Carcelario y artículos 500, 501 y 503 del C. de P. P., que prevén que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad ejercen su competencia solamente en las Penitenciarías que les han sido asignadas y sobre los condenados que se encuentren allí recluidos, correspondiendo al INPEC designar la penitenciaría a donde deben enviarse los condenados. Por lo tanto, el Acuerdo acusado no crea nada nuevo.

b): El parágrafo del artículo 1o. está conforme con el artículo 15 transitorio del C. de P. P. y con lo consignado en auto de 30 de junio de 1992 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, citado en el Código Penal de Legis como comentario, al artículo 51 de la Ley 65 de 1993, razón por la cual no se crea nada nuevo en este parágrafo.

c): En relación con el artículo 3o. del Acuerdo demandado, la competencia para designar las penitenciarías o centros psiquiátricos donde enviar a los condenados es del INPEC, de conformidad con el artículo 501 del C. de P. P.

De otra parte, el artículo 14 del Código Penitenciario y Carcelario contempla las funciones del INPEC; el artículo 62 la obligación del Juez que condena de poner al condenado a disposición de dicho Instituto; y el artículo 16 señala que el INPEC como administrador de los establecimientos de reclusión del orden nacional determinará dónde funcionarán éstos y que cuando se requiera hacer traslado de internos por creación, fusión o supresión de tales establecimientos, su Director queda facultado para hacerlo, dando aviso a las autoridades correspondientes quienes decidirán sobre el particular.

Todo lo relacionado con el traslado de internos se encuentra en los artículos 73 a 78 del citado Código Penitenciario y Carcelario.

En consecuencia, el artículo 3o. demandado no crea nada nuevo pues todo se encuentra en las normas anteriormente citadas. Si el INPEC decide que varios condenados en un mismo proceso sean enviados a distintas penitenciarías, es obvio (lo dice la ley) que cada uno de ellos quede bajo el Juez de Penas competente en el respectivo

penal. Si posteriormente hay traslado, el condenado quedará bajo la competencia de otro Juez de Ejecución de Penas del lugar a donde sea trasladado.

d): El artículo 5o. acusado tiene su apoyo legal en el inciso 2o. del artículo 82 del C. de P. P., el cual es suficientemente claro.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista fiscal expresa que dentro de las funciones asignadas a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, están las de "Administrar la carrera judicial de acuerdo con las normas constitucionales y legales vigentes..." y "Dictar los reglamentos relacionados con la administración de la carrera judicial..." (artículo 11 numerales 1o. y 2o. del Decreto Ley 2652 de 1991), debiendo por tanto confrontarse dichas normas con las disposiciones acusadas y con la legislación relacionada por el actor.

Los artículos 500 y 501 del. C. de P. P. señalan que una vez ejecutoriada la sentencia que imponga una pena o medida de seguridad deberá el juez enviar copia auténtica de la misma al Director General de Prisiones, el cual señalará el establecimiento carcelario o de internación psiquiátrica donde el condenado deba cumplir la pena o medida de seguridad, con la vigilancia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

En el anterior procedimiento administrativo la intervención del Juez que profirió la sentencia condenatoria se limita a la remisión de copia auténtica del fallo al Director General de Prisiones y el Juez de Ejecución de Penas vigila la ejecución.

No obstante lo anterior, es dable concluir que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del artículo 1o. del Acuerdo No. 54 de 1994 se extralimitó en el ejercicio de sus atribuciones, al resolver sobre las competencias de los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, competencias ya delimitadas en los artículos 75 y 15 transitorio del C. de P. P.

En cuanto al artículo 3o. del Acuerdo acusado que exige el envío de copia legible y complementada a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad no cabe objeción alguna, puesto que aquí se trata de una medida estrictamente necesaria para el cumplimiento de las decisiones judiciales, lo cual está dentro de la competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

Finalmente, el artículo 5o. se remite al artículo 82 del C. de P. P., el cual faculta a los funcionarios judiciales para comisionar, fuera de la sede, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría, reiterando simplemente que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de seguridad tienen dicha facultad.

En consecuencia, es procedente la anulación del artículo 1o. del Acuerdo No. 54 de 1994 y la denegación de las demás súplicas de la demanda.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la expedición del Acuerdo contentivo de las normas acusadas la Sala Administiativa del Consejo Superior de la Judicatura invocó el ejercicio de facultades constitucionales y legales, sin precisar las mismas.

Sabido es que la Constitución Política de 1991 defirió a la ley reglamentación, entre otros aspectos, de los asuntos que correspondería conocer a la Sala Plena y a cada una de las Salas en que se encuentra dividido el Consejo Superior de la Judicatura.

Así, el artículo 254 de la Constitución Política establece que el Consejo Superior de la Judicatura está dividido en dos Salas: 1a Administrativa y la Jurisdiccional Disciplinaria, integradas y elegidas en la forma que allí se detalla. Igualmente prevé la creación de Consejos Seccionales de la Judicatura, cuya integración defirió a la ley.

El artículo 256 *ibídem* prescribe:

> "Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:
>
> 1. .....
>
> 2. Elaborar las listas de candidatos para la designación de funcionarios judiciales y enviarlas a la entidad que deba hacerla. Se exceptúa la Jurisdicción penal militar que se regirá por normas especiales..." (las negrillas son de la Sala).
>
> El artículo 257 de la misma Carta, con la misma perspectiva jurídica, le señala otras funciones al Consejo Superior de la Judicatura, para que las ejerza "con sujeción a la ley".

Del contenido de los preeceptos superiores antes mencionados fluye con claridad que el Constituyente señaló la competencia general o institucional del Consejo Superior de la Judicatura, pero en lo tocante a 1a que corresponde a cada una de las Salas que la integran (Plena, Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria) se la defirió a la ley, empleando para tal efecto las expresiones "de acuerdo a (sic) la ley" y "con sujeción a la ley".

Los artículos 256 y 257 de la C. P. fueron desarrollados por el Decreto Ley 2652 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en las facultades extraordinarias que le confirió la Asamblea Nacional Constituyente en el literal c) del artículo transitorio 5o.

El artículo 4o. numeral 8o. de dicho Decreto previó:

> "La Sala Jurisdiccional Disciplinaria y la Sala Administrativa integrarán la Sala Plena de la Corporación para el cumplimiento de las siguientes funciones:

1

.....

.....

8. 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 y sin perjuicio de las facultades propias de éste. En ejercicio de esta atribución, y cuando fuere conveniente, el Consejo podrá establecer servicios administrativos comunes a los diferentes despachos judiciales".

La Corte Constitucional en sentencia C-265 de 8 de julio de 1993 (Expediente No. D-228, Actor: José Luis Benavides Russi, Magistrado ponente, doctor Fabio Morón Díaz), declaró inexequible el siguiente aparte del artículo transcrito:

"... 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 y sin perjuicio de las facultades propias de éste. En ejercicio de esta atribución, y cuando fuere conveniente, el Consejo podrá establecer servicios administrativos comunes a los diferentes despachos judiciales".

Para declarar dicha inexequibilidad, la Corte Constitucional tuvo en cuenta lo siguiente:

"... En cuanto a la función prevista por el numeral 8o., la Corte tampoco encuentra vicio de inconstitucionalidad, en lo que se refiere a que la Sala Plena puede dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la Administración de Justicia para disponer con criterios de contenido también general, el mejor y más eficiente funcionamiento de la Rama Judicial. El resto de este numeral tiene un sentido operativo **que está dentro de las atribuciones propias de la Sala Administrativa**, y por tanto se declarará inexequible (negrillas fuera del texto).

.....

.....

... la Sala Administrativa fue creada orgánicamente en forma autónoma porque es un cuerpo diferente al otro... Luego administrativamente el Consejo Superior de la Judicatura, en su Sala Administrativa, ejerce funciones determinadas por la Constitución y por la ley, su función es netamente administrativa y está sujeta a ese orden normativo, como lo consagran los artículos 256 y 257 de la Carta, cuando expresamente se refieren "y de acuerdo a la ley" o "con sujeción a la ley".

> Fluye de lo expuesto que es preciso establecer una caracterización de lo que son las funciones de alta política del Consejo Superior de la Judicatura..., y las que por su alcance de actos operativos o de ejecución del ordenamiento normativo tienen un carácter administrativo, y por tanto corresponden a atribuciones propias de la Sala Administrativa, como es el caso contemplado en los numerales 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o., parcialmente, 9o., 10o., 12, 14 y 17 de la misma disposición que se examina y en consecuencia se declararán inexequibles...".

La declaratoria parcial de inexequibilidad del numeral 8o. del artículo 4o. del Decreto Ley 2652 de 1991 implicó su desaparición del mundo jurídico, lo cual produjo estas consecuencias: en primer lugar, que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura carece de la atribución conferida en dicho numeral, a partir de la ejecutoria del fallo en referencia; y, en segundo lugar, se creó un vacío normativo en lo concerniente a la función que regulaba el extinto numeral 8o. que sólo puede ser llenado por una norma de carácter legal, de conformidad con los mandatos constitucionales y los parámetros fijados por el Juzgador Constitucional, norma esta que aún no ha sido expedida.

Como lo expresó la Sala en la sentencia de 12 de agosto de 1994 (Expediente No. 2682, Actor: Pedro Antonio Velásquez Salgado, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), y ahora lo reitera, lo expuesto por la Corte Constitucional, en los considerandos del fallo en referencia solamente tiene el alcance de pautas, pues sus providencias no tienen la virtualidad de sustituir la norma o normas declaradas inexequibles, habida cuenta que ni la Constitución Política ni el Decreto Ley 2067 de 1991 la autorizan para ello, a diferencia de los organismos que integran la Jurisdicción Contencioso Administrativa que si lo están respecto de los actos administrativos declarados nulos para el efecto de atender lar peticiones previstas en los artículos 85 a 88 del C.C.A, por mandato expreso del artículo 170 *ibídem*.

Sin embargo, como en el caso *sub-examine* los cargos del libelo demandatorio se refieren no a la falta de competencia de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura para reglamentar asuntos como a los que se contraen las normas enjuiciadas, por la circunstancia antes anotada, sino que parten del supuesto de que dicha entidad tiene competencia para reglamentar, sólo que la materia contenida en el acto acusado ya había sido objeto de reglamentación por el legislador, lo cual impedía a dicha Sala reglamentarla, debe la Sala proceder al análisis de los mismos a la luz del concepto y alcance de la violación expresados en la demanda.

Para el efecto, se tiene en cuenta lo siguiente:

El artículo 75 del Código de Procedimiento Penal, en armonía con el artículo 51 del Código Penitenciario y Carcelario, atribuye a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, el conocimiento de todo lo relacionado con la libertad del condenado que deba otorgarse con posterioridad a la sentencia, rebaja de penas, redención de pena por trabajo, estudio o enseñanza y extinción de la condena; de la verificación del lugar y

condiciones en que se deba cumplir la pena o la medida de seguridad; de la acumulación jurídica de penas en caso de varias sentencias condenatorias proferidas en procesos distintos contra la misma persona; de la aplicación del principio de favorabilidad cuando debido a una ley posterior hubiere lugar a reducción o extinción de la pena; y del reconocimiento de la ineficacia de la sentencia condenatoria cuando la norma incriminadora haya sido declarada inexequible o haya perdido su vigencia.

A su turno, los artículos 500 y 15 transitorio del C. de P. P. establecen, respectivamente, que la ejecución de las penas y medidas de seguridad impuestas mediante sentencia debidamente ejecutoriada corresponde a la Dirección General de Prisiones con la vigilancia del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y que el juez que dictó la sentencia de primera instancia ejercerá las funciones que corresponden a los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea estos últimos cargos.

De lo anterior, infiere la Sala, que el artículo 1o. acusado lo que hizo fue reiterar que el Juez competente para conocer de las cuestiones relacionadas con la ejecución punitiva de los condenados era el de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, pero precisando que es el del respectivo Circuito donde estuvieren radicados los condenados.

Esta precisión no se hizo por el legislador. Y si en determinado Circuito al que corresponde la cárcel hay un Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, lo lógico es que sea éste el que deba resolver las situaciones previstas en el artículo 75 del C. de P. P. y no el de otro Circuito.

Igualmente, la circunstancia del traslado de cárcel, de que trata el parágrafo del referido artículo 1o., tampoco había sido prevista por la ley.

Respecto de la apreciación del demandante en el sentido de que al haber sido creados los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, los falladores perdieron su competencia y por ello son nulas las normas acusadas, cabe advertir que si bien es cierto que al crearse los Jueces de Ejecución de Penas los falladores perdieron la competencia para la vigilancia de la ejecución de penas y medidas de seguridad, no lo es menos que el acto acusado no está reconociendo la competencia de tales Jueces sino que, por el contrario, en aras de garantizar una pronta resolución a las solicitudes de los condenados, previó que en el evento de no existir Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, sus funciones las asumiría el fallador de instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 transitorio del C. de P. P.

Lo anterior encuentra sustento en la providencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de julio de 1994 (proceso No. 9533, Magistrado ponente, doctor Dídimo Páez Velandia), en la cual se expresó:

> "... En este mismo orden de ideas, se explica claramente el verdadero significado y alcance del precepto referido en el artículo 15 transitorio del C. de P. P., pues

> para evitar los problemas que pudieran presentarse por las domoras en el funcionamiento de los juzgados de ejecución de penas creados y por los mismos cambios de competencias funcionales que introdujo el código respecto de los jueces falladores, este estatuto consagró el precepto referido que por su claro tenor no admite otra interpretación, esto es, que mientras entran a funcionar los Jueces de Ejecución de Penas, las atribuciones a ellos dadas en la 1ey, deben ser cumplidas por el juez que dictó la sentencia en primera instancia"..."

Añade el accionante que el artículo 3o. diluye la competencia para la vigilancia y ejecución de penas cuando se refiere a varios detenidos en diferentes ciudades, violando así el artículo 29 de la Carta Política, pues considera que con ello se desconoce el principio del juez natural, el acceso a una pronta y cumplida justicia, la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y la legalidad del procedimiento, ya que en la práctica el reo no sabrá qué juez y de qué ciudad debe responderle oportunamente sus peticiones.

La Sala no comparte este argumento, pues la interpretación que se le debe dar al artículo 3o. en cuestión, es precisamente la contraria, toda vez que ordenar el envío de copias de la sentencia al Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad donde se encuentre cada uno de los condenados, significa que quien vigilará la ejecución de la pena es el Juez donde efectivamente se está cumpliendo la condena, luego es a él a quien debe dirigirse el condenado para la resolución de sus solicitudes.

Finalmente, frente a la pretendida violación del artículo 82 del C. de P. P. por parte del artículo 5o. del acto acusado, esta Corporación estima que dicho cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que tal artículo dispone que los Jueces de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad podrán ordenar comisiones para la práctica de diligencias fuera de su sede, de conformidad con el artículo 82 del C. del P. P., el cual, a su turno, prescribe: "Los funcionarios judiciales podrán comisionar fuera de su sede, a cualquier autoridad judicial del país de igual o inferior categoría".

Luego, si la norma acusada hace la prevención de que las comisiones se ordenarán conforme al citado artículo 82, no cabe la menor duda que el funcionario comisionado no puede ser de categoría superior a la del comitente, como lo sugiere el demandante para sustentar el quebranto de éste.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a concluir que no se ha desvirtuado la presunción de legalidad que ampara a las disposiciones acusadas y, en consecuencia, habrán de denegarse las pretensiones de la demanda, como en efecto se dispondrá 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:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración Jurisprudencial en la providencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de 24 de julio de 1994 (Proceso No. 9533, Ponente Dr. DÍDIMO PÁEZ VELANDIA).

SERVICIO DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA/TARIFA MÍNIMA/ADPOSTAL/DERECHO DE COMPETIR EN IGUALDAD DE CONDICIONES-Vulneración/**NULIDAD**-Procedencia

Asiste sí razón al actor en el sentido de que el artículo 4o. acusado en cuanto modificó el literal d) del numeral 1o. del artículo 17 del Decreto 1697 de 1994, merece la declaratoria de nulidad pues, como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, dicha norma transgrede el artículo 333 de la Constitución Política, ya que esta disposición parte del supuesto de que la competencia económica es un derecho de todos, esto es, que toda persona tiene derecho a competir. Luego, imponer un mínimo para la tarifa que debe cobrarse por el servicio de mensajería especializada, en este caso, del doble de lo que cobra Adpostal por el mismo servicio, restringe o coarta el derecho de competir en igualdad de condiciones pues resulta claro que en el ejercicio de una actividad económica el precio de la tarifa de un servicio es decisivo para entrar a competir.

SERVICIO DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA-Regulación/**SERVICIOS POSTALES/GOBIERNO NACIONAL/COMPETENCIA**

El artículo 11 del decreto acusado prevé que el Gobierno Nacional pueda determinar los cánones del servicio de mensajería especializada con base en las recomendaciones y conclusiones del estudio de consultoría que para el efecto realice el Ministerio de Comunicaciones. Según el actor la regulación contenida en la disposición es materia del legislador y no del Gobierno. Para la Sala no asiste razón al actor en esta censura dado que el inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para

reglamentar las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicio postales. Igualmente lo autorizó para fijar los derechos, tasas y tarifas que regulan las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales. Si el Gobierno Nacional está facultado por el Ministerio de la ley (inciso 4o. del artículo 37 de la ley 80 de 1993) para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos para la prestación del servicio postal, incluido dentro del mismo el de la mensajería especializada, no resulta ajeno a tal reglamentación el señalamiento de las obligaciones de los licenciatarios del servicio, la prohibición de prestar el servicio sin la previa obtención de la concesión y las sanciones en caso de contravención a esta prohibición, a que se contraen los artículos 15 y 17 acusados, ya que tales aspectos están íntimamente relacionados con las calidades, condiciones y requisitos que corresponde al Gobierno Nacional raglamentar para la prestación del servicio en referencia.

SERVICIO DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA-Naturaleza/**SERVICIO POSTAL**

El fundamento de los cargos 1o. y 4o. descansa en el supuesto de que la mensajería especializada no forma parte del servicio postal, no es un servicio público ni forma parte del mismo, y por lo tanto no puede ser intervenido por el Estado, por ser de carácter particular y no constituir un monopolio estatal. La mensajería especializada no ha sido -como lo sugiere el demandante- un contrato de transporte entre particulares fundado en la libertad comercial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3185. Acción: Nulidad. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

El ciudadano y abogado LUIS CARLOS SÁCHICA APONTE, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o., 4o., 7o., 8o., 10o., 11, 13, 15, 17 y 18 del decreto reglamentario No. 2622 de 29 de noviembre de 1994 **"por el cual se modifica el decreto No. 1697 de agosto 3 de 1994 que reglamenta el servicio postal"**, expedido por el Gobierno Nacional.

I.- EL ACTO ACUSADO

Son las partes subrayadas de los artículos del decreto Nol. 2622 de 29 de noviembre de 1994 que se detallan a continuación:

"Artículo 1o. Modifícanse los literales c), d) y e) del parágrafo del artículo 6o. del decreto 1697 de 1994, los cuales quedarían así:

c) Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía, por cada envío, en el cual deben constar:

– Número de identificación del envío.

– Fecha y hora de admisión.

– Peso del envío en gramos.

– Valor del servicio.

– Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.

– Fecha y hora de entrega.

d) Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar, con una copia del recibo de admisión o guía, adherido al envío.

e) Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a:

Veinticuatro (24) horas en servicio urbano.

Cuarenta y ocho (48) horas en servicio nacional y a cualquier lugar del país.

Noventa y seis (96) horas en servicio internacional.

"Artículo 4o. Modifícanse los literales a) y d) del numeral 1o. artículo 17 del decreto 1697 de 1994, los cuales quedarán así:

a) Clase de mensajería especializada que prestarán la empresa nacional y/o en conexión con el exterior.

d) Tarifas que aplicará el servicio. En ningún caso las tarifas del servicio de mensajería especializada, por envío de correspondencia y objeto postal, podrán ser inferiores a dos (2) veces las tarifas vigentes de la Administración Postal Nacional para las cartas de cincuenta gramos de peso, en los servicios ordinarios de corrso urbano, nacional e internacional, respectivamente".

"Artículo 7o. Modifícase el artículo 20 del decreto 1697 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 20. Contratación con terceros.

Los concesionarios o licenciatarios de los servicios postales podrán contratar con terceros y bajo su responsabilidad e identificación, algunas de las actividades

operativas necesarias para la prestación del servicio, de lo cual deberán informar al Ministerio de Comunicaciones".

"Artículo 8o. Adiciónase el artículo 21 del decreto 1697 de 1994, con los siguientes incisos y parágrafo:

"Las empresas concesionarias y **licenciatarias** deberán colocar en todas las oficinas de atención al público, en lugares de notoria visibilidad para los usuarios, la lista de las tarifas y las condiciones de los servicios que presten".

Parágrafo. El incumplimiento de lo consagrado en el presente artículo será considerado por el Ministerio de Comunicaciones con una falla en la prestación de los servicios postales.

"Artículo 10. Modifícase el inciso 1o. del artículo 24 del decreto 1697 de 1994, el cual quedará así:
Todas las personas naturales o jurídicas que obtengan concesión para la prestación del servicio postal de mensajería especializada pagarán al Fondo de Comunicaciones:"

"Artículo 11. Suspéndase la aplicación del literal b) del artículo 24 del decreto 1697 de 1994, Cánones del Servicio de Mensajería Especializada hasta tanto el Gobierno Nacional determine dicho canon con base en las recomendaciones y conclusiones del estudio de consultoría que realice para el efecto el Ministerio de Comunicaciones".

"Artículo 13. Modifícase el inciso 1o. del artículo 25 del decreto 1697 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 25. Tarifas de los servicios postales. Las tarifas de los servicios postales gozarán de un régimen de libertad vigilada por el Ministerio de Comunicaciones. El Gobierno Nacional podrá intervenir cuando así lo considere necesario y fijar parámetros tarifarios mínimos o máximos, a fin de regular la forma de prestación de algunos de los servicios postales, **sin perjuicio de lo dispuesto en el literal d), numeral 1o. del artículo 17 del presente decreto para el servicio de mensajería especializada** y de los que en materia tarifaria dispongan las normas internacionales".

"Artículo 15. Modifícase el parágrafo del artículo 28 del decreto 1697 de 1994, el cual quedará así:

Parágrafo. Los concesionarios o **licenciatarios** de los servicios postales de corrsos **y mensajería especializada**, podrán exigir a sus usuarios, presentar sus envíos abiertos para verificar el contenido, antes de ser admitidos o recibidos en el servicio respectivo, sin perjuicio de los controles de las autoridades de policía o de los procedimientos electrónicos o cualesquiera otras formas de control, según

lo establezca su propio reglamento operativo o el que determine el Ministerio de Comunicaciones o las autoridades competentes".

"Artículo 17. Modifícase el artículo 38 del decreto 1697 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 38. Actuaciones sancionatarias. Las personas naturales o jurídicas que sin concesión debidamente otorgada establezcan o presten servicios postales, tanto en el ámbito urbano, nacional o internacional, serán sancionadas por el Director General de Telecomunicaciones, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones civiles, penales o administrativas que de tal hecho se deriven, así:

1. Ordenar el cese de las actividades ilegales e iniciar el correspondiente proceso sancionatario.

2. Con multas sucesivas hasta por mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales.

Parágrafo. Contra la decisión sancionataria solo procederá el recurso de reposición.

Cuando la competencia no sea suya, procederá así:

1. Solicitar a las autoridades de las entidades territoriales o de la policía correspondiente, que dentro de su competencia, procedan a la cancelación de la licencia de funcionamiento y al cierre de los establecimientos donde se presten ilegalmente los servicios, en los términos del decreto 1355 de 1970, artículo 208, o de los códigos de policía departamentales.

2. Demandar de las autoridades competentes la aplicación de las medidas y sanciones que por el establecimiento o prestación de servicios postales sin concesión debidamente otorgada deban imponerse y que no corresponda imponer al Ministerio de Comunicaciones".

"Artículo 18. Modifícase el artículo 43 del decreto 1697 de 1994, el cual quedará así:

Artículo 43. Vigencia. El presente decreto deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y rige a partir de la fecha de su publicación, **salvo los artículos 37, 38 y 39 del capítulo IX del presente decreto, cuya vigencia será a partir del 1o. de febrero de 1995, para los casos del servicio de mensajería especializada".**

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o.): Los artículos demandados, en lo tocante con la mensajería especializada, su régimen de responsabilidad y sanciones, así como lo relativo a los cánones o derechos

del servicio, violan los artículos 15, 189 numeral 11, 333 y 365 de la Constitución Política, porque distinguen y separan en el concepto de servicio postal el servicio de correo propiamente dicho, el tradicional servicio público que el Estado ha prestado directamente o ha concedido a particulares por la vía contractual, y el servicio de mensajería especial, modalidad de servicio postal no oficializada, prestada por particulares, por sus redes propias e independientes, y con procedimientos específicos diferentes de los que aquél utiliza.

La diferencia establecida por el Decreto acusado determina que el correo es el estatuto del respectivo servicio público monopolizado por el Estado, mientras el otro servicio postal es el de una actividad económica particular regida por la ley común.

Lo cual significa que el correo es un servicio que sólo lo presta el Estado directamente o por sus concesionarios, mediante una ralación contractual, y, en cambio, la mensajería especializada pertenece al ámbito privado, sin perjuicio de la vigilancia estatal que podría establecer la ley. Esta concepción parte de la propia Constitución, cuando en el artículo 15 reconoce el derecho de todos a la comunicación privada mencionando expresamente la correspondencia como una de sus manifestaciones, lo que significa que no es exclusivo ni obligatorio el uso del correo estatal y que los particulares pueden, por lo tanto, organizar sus propios medios de comunicación y correspondencia.

Implica lo anterior que las modalidades específicas de mensajería son los que cada empresario adopte en un régimen de libre competencia. En consecuencia, la mensajería especializada no es un servicio público, no forma parte del mismo, no es un servicio público prestado por concesión hecha a los particulares. Por lo mismo, no está sujeto en su prestación a un estatuto de derecho público, no está intervenido por el Estado, no es obligación prestarlo a todo el que lo requiere, sus tarifas son señaladas por el empresario y, en general, se desenvuelve dentro de un régimen contractual privado.

Separar la mensajería especializada del servicio postal, con el pretexto de reglamentar el Estatuto Contractual de la Administración Pública (Ley 80 de 1993), para someterlo a controles propios de los servicios públicos, es una violación manifiesta tanto del artículo citado como del 365, tanto más si esa definición y esos controles no están establecidos directamente por la ley, como lo prescriben los mencionados artículos 333 y 365, dado que se trata de un simple decreto reglamentario, cuyas disposiciones deben limitarse a adoptar las medidas administrativas indispensables para dar cumplimiento a la ley 80 en lo tocante con la contratación administrativa.

De lo anterior se desprende la necesaria conclusión de que como el otorgamiento de licencias a particulares para operar servicios de mensajería especializada, con toda evidencia, no es materia de contratación estatal en sentido estricto, su regulación no sólo es inconstitucional por intervención indebida en actividades comerciales libres, sino en cuanto legisla en dicha materia, dictando regulaciones que no caben en la potestad reglamentaria y que únicamente pueden emanar de la ley, pues sólo ella puede restringir la libertad económica por razones de interés cultural, público o ecológico, en los términos

del artículo 333 de la Constitución Política, lo cual implica la violación del artículo 189 numeral 11 de la misma.

2o.): Igualmente el decreto acusado viola los artículos 338, 339, 2o, y 113 de la Constitución Política, por las siguientes razones:

Sólo el Congreso, a través de ley, y nunca el Gobierno, es el que puede establecer cargas tributarias, las cuales no son una tasa o tarifa en sentido riguroso, ni tampoco una contribución, en el sentido doctrinario, jurisprudencial y constitucional del concepto, y que tampoco equivale al de regalía o derecho por concesión de una actividad monopolizada o de una explotación de bienes que se haya reservado el Estado, por cualquier razón, ni menos un recurso parafiscal.

Aquí, al dejarle al Gobierno Nacional la determinación del cánon del servicio de mensajería especializada (artículo 11) no corresponde a ninguna de esas relaciones fiscales entre el Estado y los particulares.

En verdad, el particular adquiere el permiso de explotación de una actividad comercial a cambio de reconocer una participación estatal sobre el producido de su negocio, a partir de que un reglamento definió como servicio postal sujeto a licencia un servicio de transporte especial de objetos que los particulares contratan libremente, lo que constituye un impuesto encubierto.

La concesión, en todas sus modalidades, y, por tanto, en la prestación de servicios es, como lo dice la palabra, una decisión unilateral, aunque no gratutita, del Estado, en favor de un particular para que pueda prestar el servicio concedido, de acuerdo con la ley, el reglamento y el contrato que la formaliza.

A lo mismo equivale el caso del otrogamiento de licencia estatal para que un particular pueda desarrollar alguna de aquellas actividades económicas que la Constitución Política o la ley someten a dicho requisito, aunque esta relación no es contractual.

La contraprestación legal de la licencia a cargo de quienes recibieron la autorización es una regalía o canon sin que por su parte el Estado contraiga ninguna obligación frente al licenciatario que justifique tamaña carga.

Es evidente que bajo el nombre de canon tanto el decreto 1697 como el acusado están estableciendo, sin duda, un impuesto sobre los servicios de mensajería, sin cumplir ninguno de los requisitos de la Constitución Política y, en especial, los del artículo 338 y concordantes.

Imponer un derecho fiscal por el otorgamiento de una licencia administrativa no es facultad que esté comprendida en la potestad reglamentaria.

El Gobierno al hacerlo así mediante un Decreto Reglamentario, no está adoptando las medidas para que se cumpla la ley. Esto es lo que caracteriza la potestad reglamentaria.

En este caso se trata de reglamentar la ley 80 citada, no de establecer las condiciones para que los particulares puedan desarrollar cierta explotación económica, la de la mensajería especializada, que la ley ha sometido a tal requisito, disposiciones que no pueden ser medidas administrativas sino prescripciones legislativas.

Es la propia ley, según la Constitución Política, la que debe establecer las condiciones, requisitos, procedimientos y garantías a que quedan sujetos los administrados para desarrollar cierta explotación económica que esté sometida a tal requisito, pero dicha disposición no puede originarse en una simple medida gubernamental.

Si se trata de concesión de permisos para actividades restringidas por la ley, a menos que se trate de monopolios fiscales, que no es el caso, dichas limitaciones, esta vez consistentes en una descomunal carga tributaria, únicamente pueden emanar, y en forma directa, del propio legislador y nunca del Gobierno, que es la administración misma autoregulándose y creando la ley, rompiendo la separación de poderes consagrada en el artículo 113 de la Constitución Política, y llevándose de calle el principio de legalidad proclamado en el artículo 2o. de la misma.

3o.): Regular las responsabilidades que genera el ejercicio de una determinada actividad económica frente a quienes entran en relación con los empresarios de la misma, como se hace en los artículos 26 a 29 del decreto 1697 de 1994, que se modifican, y en el artículo 15 del decreto acusado, y definir las faltas y señalar las acciones derivadas del ejercicio irregular de dicha actividad, como lo dispone el citado artículo 15, que modifica el artículo 38 del decreto 1697 de 1994, es también un exceso manifiesto de la potestad reglamentaria, ya que tales cuestiones son objeto propio de la legislación interna, porque tocan con los derechos de las personas y con sus libertades, aspectos estos reservados a la Constitución y a la ley (artículo 152 literal a) de la Constitución Política).

4o.): Las disposiciones acusadas violan el artículo 336 ibídem al extender arbitrariamente el monopolio fiscal sobre el correo ordinario a la mensajería especializada y someterla a concesión y licencia estatales, como si formara parte de los servicios postales, sustraídos por la ley a la libre iniciativa de los particulares.

Las leyes 110 de 1912 (artículos 137, 141 y 142), 124 de 1913 (artículo 1o.) y 76 de 1914 (artículo 17); los decretos Nos. 3267 de 1963, 129 de 1976 y 75 de 1984, se refieren exclusivamente al monopolio fiscal del correo público ordinario y no autorizan extender sus relaciones a la mensajería especializada, cuyas modalidades son extrapostales.

5o.): El artículo 4o. acusado es insconstitucional, porque:

a): No se pueden establecer tarifas por autoridades administrativas ni por el Gobierno, sino dentro de las condiciones señaladas en el artículo 338 de la Constitución, las cuales no se han cumplido en el presente caso.

b): Señalar para el mismo servicio tarifas diferenciales viola el derecho a la libre competencia establecido en el artículo 333 de la Constitución Política.

c): Se viola el artículo 13 de la Carta Política con la absurda disposición de obligar a las empresas privadas de mensajería especializada a cobrar el doble del servicio estatal, contra toda lógica, pues no consulta costos del servicio ni la política antinflacionaria en curso, pero, sobre todo, hace imposible para los primeros la competencia normal de los segundos, lo cual equivale a hacer nugatoria la concesión de dichos servicios.

6o.): Se violan los artículos 3o. numerales 7o., 19 y 31 del decreto 1901 de 1990 y 1o. del decreto 2122 de 1992, que se invocan como sustento de los actos acusados, porque la materia contenida en éstos tiene carácter legislativo en tanto que del texto de aquéllos sólo pueden derivarse decisiones administrativas.

Ninguna de tales normas atribuye, ni podía hacerlo, facultades al Ministerio de Comunicaciones para señalar tarifas, establecer sanciones y requisitos para la prestación del servicio de mensajería especializada.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Comunicaciones–, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones del actor adujo, en esencia, lo siguiente:

1o.): La Corte Constitucional en sentencia proferida el 15 de septiembre de 1994, con ponencia del Magistrado, doctor Alejandro Martínez Caballero, concluyó que la mensajería especializada no ha sido un contrato entre particulares sino una manifestación especializada del servicio postal en general y que por ello es una actividad que ha estado sujeta a una reserva estatal.

2o.): El artículo 11 acusado lo que pretende es suspender los efectos del artículo 25 literal b) del decreto 1697 de 1994 hasta tanto no se realice el estudio de consultoría que arroje conclusiones y recomendaciones con base en las cuales el Gobierno Nacional expedirá los cánones de mensajería especializada. Se trata en esencia de una condición especializada. Se trata en esencia de una condición suspensiva, a la cual queda sometida la actividad del Gobierno Nacional para cumplir con su obligación de establecer los cánones.

3o.): El espíritu del artículo 13 acusado es reglamentar lo relacionado con la forma como se determinarán los máximos y los mínimos de los valores tarifarios que pueden recaudar las empresas que presten los servicios postales.

4o.): De la lectura del texto del artículo 17 acusado se puede concluir que lo único que se pretende es que exista el debido proceso para proteger los derechos de las personas y asignarle competencia a una de las dependencias del Ministerio de Comunicaciones para conocer de los hechos y decidir sobre las sanciones.

5o.): El artículo 18 demandado es, en esencia, la prolongación en el tiempo de algunos términos para que el Ministerio de Comunicaciones pueda entrar a ejercer su facultad sancionatoria frente a las empresas que presten el servicio postal.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se remite a lo expresado por esta Corporación en la sentencia de 16 de junio del presente año (expediente No. 3056, actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), en la cual se concluye que el servicio de mensajería especializada forma parte del servicio postal y desde antes de la Constitución Política de 1991 constituye un monopolio estatal, por lo cual deben denegarse las pretensiones de la demanda.

En cuanto al artículo 4o. acusado manifiesta que acoge los planteamientos de la Sección para disponer la suspensión provisional de dicha norma, razón por la cual debe procederse a declarar su nulidad.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El fundamento de los cargos 1o. y 4o. descansa en el supuesto de que la mensajería especializada no forma parte del servicio postal, no es un servicio público ni forma parte del mismo, y por lo tanto no puede ser intervenido por el Estado, por ser de carácter particular y no constituir un monopolio estatal.

Sobre el particular, la Sala reitera lo ya expresado en la sentencia de 16 de junio de 1995 (expediente No. 3056, actor: Luis Carlos Sachica Aponte, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), en la cual se analizaron, en esencia, los mismos cargos que aquí se endilgan frente a las normas que son objeto de modificación por el decreto No. 2622 acusado.

Para dicho análisis la Sala tuvo en cuenta lo siguiente:

El inciso 1o. del artículo 37 de la ley 80 de 1993 prevé:

> "Del régimen de concesiones y licencias de los servicios postales. Los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada".

La Corte Constitucional en sentencia C-407/94 de 15 de septiembre de 1994 (actor: Luis Carlos Sachica Aponte, Magistrado ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero), al estudiar la demanda de inexequibilidad frente a la norma transcrita expresó lo siguiente:

> "...Según el demandante, la norma impugnada también es inconstitucional por cuanto viola la libertad económica. consagrada en el artículo 333 de la Constitución, puesto que convierte la mensajería especializada –actividad que no estaba monopolizada por el Estado– en una modalidad de servicio postal, objeto de concesión y licencia...".

"...Ahora bien, el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. En efecto, en virtud del artículo 137 de la ley 110 de 1912, el servicio postal era de libre iniciativa de los particulares. Más tarde, se monopolizó el mencionado servicio modificando la libre iniciativa mediante la ley 142 de 1913, la cual nacionalizó el servicio de correos, y la ley 76 de 1914 que en su artículo 17 estableció que el servicio de correos de Colombia correspondían exclusivamente al Gobierno Nacional. Estas definieron como servicio público de exclusiva prestación estatal a los correos, correspondiéndole a esa palabra, en aquella época, un sentido genérico. Esa titularidad pública exclusiva de los servicios postales, a veces denominados servicios de correo, se ha mantenido hasta nuestros días. Los cambios que han introducido las normas posteriores están relacionados con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia, como es obvio, bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión la reserva estatal de los servicios postales.

Igualmente la anterior historia legislativa demuestra que estos servicios postales, que han sido monopolio estatal, también han incluido el servicio de mensajería especializada. Así, el decreto reglamentario No. 1418 de 1945 desarrolló el monopolio postal (capítulo II del título I) en favor del Gobierno Nacional y reglamentó todo lo relacionado con la correspondencia postal, determinando que la denominación de objetos de correspondencia (art. 35) se aplicaría "a las cartas, tarjetas, postales sencillas o con respuesta pagada, papeles de negocios, impresos, periódicos, impresiones con relieve para el uso de ciegos, muestras de mercaderías, objetos agrupados, pequeños paquetes y envíos "fonopost", artículos que delimitan el ámbito de acción de la mensajería especializada. Esta definición de correspondencia incorporada por este decreto es prácticamente una reproducción de la que se ha establecido a nivel internacional. Así, según las U.P.U. (Unión Postal Universal), se entiende por correspondencia "las cartas, las tarjetas postales sencillas y con respuesta pagada, los papeles de negocios, los impresos, las impresiones de relieve para uso de ciegos, las muestras de mercaderías, los pequeños paquetes y los envíos fonopostales; sea la circulación ordinaria o certificada y terrestre, marítima o aérea". Como se puede constatar, esta definición internacional de correspondencia incluye las actividades propias de los servicios de mensajería especializada...".

"...Así mismo el decreto antecitado determinó que el correo particular (arts. 384 a 410 solo podía operar bajo el permiso del Gobierno y cumpliendo un estricto régimen en el despliegue de la actividad, tanto, que se estableció la figura del contrabando postal (art.385), en el evento en el que el envío de correspondencia se presentará fuera de los despachos postales y sin el pago de los derechos correspondientes.

Más tarde, el Decreto Ley No. 1635 de 1960, al reorganizar el Ministerio de Comunicaciones, le asignó a este último la prestación de los servicios postales (art. 1o.).

Seguidamente, el Decreto Ley No. 3267 de 1963, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al presidente por la Ley 21 de 1963, creó la Administración Postal Nacional, ADPOSTAL, entidad a la cual se atribuyó específicamente la prestación de los servicios postales.

Luego, el Decreto Reglamentario No. 75 de 1984 nuevamente reafirmó que la prestación del servicio de correos compete exclusivamente al estado, el cual lo prestará en el territorio nacional y en conexión en el exterior, a través de la Administración Postal Nacional (art. 1o.). Este decreto definió las actividades que hacen parte del servicio de correos a cargo exclusivo del Estado así:

Artículo 4o. El servicio de correos a cargo exclusivo del Estado comprende además de los previstos en los convenios universales, lo siguiente:

a) Las cartas;
b) Las tarjetas postales;
c) Los impresos hasta 1.000 gramos;
d) Los envíos publicitarios;
e) Los envíos o recibos de todo tipo con la dirección del destinatario.
f) Los envíos agrupados de cartas;
g) Las encomiendas postales hasta 2.000 gramos de peso;
h) El servicio de corrso electrónico.

Acto seguido, el decreto señaló las actividades que no correspondían a la reserva estatal del servicio de correos, en los siguientes términos:

Artículo 7o. Sin embargo no corresponde al servicio de correo a cargo exclusivo del Estado:

a) La conducción por particulares de envíos de correspondencia que vayan a ser depositados en la oficina de correos más cercana;

b) El reparto de avisos, propaganda u otros documentos que no estén dirigidos a una persona determinada;

c) Las cartas de recomendación o presentación abiertas que lleven los mismos interesados;

d) Los envíos de correspondencia conducida por empresas de transporte terrestre, aéreas, marítimas o fluviales, siempre que tiendan a satisfacer las propias necesidades de la empresa, y que se refieran exclusivamente a sus documentos internos.

e) Los envíos de facturas, documentos de aduana, consulares, de rentas, de embarque u otros similares que amparen y acompañen despachos de mercancías, a condición de que tales documentos vayan en sobres abiertos;

f) La conducción de la propia correspondencia de las empresas privadas y de las entidades públicas por mensajeros de planta de las mismas.

Ahora bien, las anteriores definiciones muestran que lo que se conoce como mensajería especializada se entiende incorporado al servicios de correos de reserva estatal.

De la misma forma, la ley 72 de 1989 determinó que los servicios postales están dentro del sector de las comunicaciones (art. 1o.) y estableció que éstos pueden ser presentados a través de concesiones, las cuales pueden otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias (art.7o.).

Finalmente, el Decreto No. 2122 de 1992, expedido en virtud del 20 transitorio de la Carta, consagró como funciones del Ministerio de Comunicaciones, el ejercicio, a nombre de la Nación, de la titularidad de los servicios postales, el otorgamiento de concesiones y licencias para la prestación de servicios postales a personas naturales o jurídicas, y el ejercicio de funciones de vigilancia, inspección y control de los servicios en comento (art.1o.).

Las anteriores referencias permiten concluir que la mensajería especializada no ha sido –como lo sugiere el demandante– un contrato de transporte entre particulares fundado en la libertad comercial sino una manifestación especializada del servicio postal en general. Por ello es una actividad que ha estado sujeta a una reserva estatal y que, específicamente al entrar en vigencia la nueva Constitución, era de titularidad pública exclusiva.

Por consiguiente, el artículo impugnado, lejos de establecer un monopolio estatal de la mensajería especializada –como lo señala el demandante–, por el contrario acentúa la posibilidad de que los particulares se involucren en la prestación de los servicios postales, al prever expresamente que ellos podrán ser adjudicados a particulares mediante el régimen de concesión (correos) y licencia (mensajería especializada). La distinción establecida por el artículo 37 de la ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos –como especies del género común de servicios postales–, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: Contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada".

Las consideraciones de la sentencia cuyos apartes han sido transcritos, que la Sala prohiba, desvirtúan los cargos 1o. y 4o. del libelo demandatorio.

En lo que respecta al 2o. cargo, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

El artículo 11 del Decreto acusado prevé que el Gobierno Nacional pueda determinar los cánones del servicio de mensajería especializada con base en las recomendaciones y conclusiones del estudio de consultoría que para el efecto realice el Ministerio de Comunicaciones.

Según el actor la regulación contenida en la disposición es materia del legislador y nó del Gobierno.

Para la Sala no asiste razón al actor en este censura dado que el inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente lo autorizó para fijar los derechos, tasas y tarifas que regulan las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales.

De tal manera que la regulación hecha en el artículo 11 acusado encuentra pleno respaldo en el mencionado inciso 4o. del artículo 37, que expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tales efectos, por lo cual habrá de desestimarse el cargo en estudio.

Igual consideración cabe predicar frente a los cargos 3o. y 6o., pues si el Gobierno Nacional está facultado por ministerio de la Ley (inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993) para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos para la prestación del servicio postal, incluido dentro del mismo el de la mensajería especializada, no resulta ajeno a tal reglamentación el señalamiento de las obligaciones de los licenciatarios del servicio, la prohibición de prestar el servicio sin la previa obtención de la concesión y las sanciones en caso de contravención a esta prohibición, a que se contraen los artículos 15 y 17 acusados, ya que tales aspectos están íntimamente relacionados con las calidades, condiciones y requisitos que corresponde al Gobierno Nacional reglamentar para la prestación del servicio en referencia.

En conclusión, las censuras antes reseñadas no tienen la virtualidad de destruir la presunción de legalidad que ampara a las disposiciones a que éllas aluden, razón por la cual se impone denegar las súplicas del libelo demandatorio en cuanto a tales normas se refiere.

Asiste sí razón al actor en el sentido de que el artículo 4o. acusado en cuanto modificó el literal d) del numeral 1o. del artículo 17 del decreto 1697 de 1994, merece la declaratoria de nulidad pues, como lo advirtió la Sala al pronunciarse sobre la solicitud de suspensión provisional, dicha norma transgrede el artículo 333 de la Constitución Política, ya que esta disposición parte del supuesto de que la competencia económica es un derecho de todos, esto es, que toda persona tiene derecho a competir. Luego, imponer un mínimo para la tarifa que debe cobrarse por el servicio de mensajería especializada, en este caso, del doble de lo que cobra Adpostal por el mismo servicio, restringe o coarta el derecho

de competir en igualdad de condiciones pues resulta claro que en el ejercicio de una actividad económica el precio de la tarifa de un servicio es decisivo para entrar a competir.

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.): DECRÉTASE la nulidad del artículo 4o. del Decreto 2622 de 1994, en cuanto modificó el literal d) del numeral 1o. del artículo 17 del Decreto 1697 de 1994.

2o.): DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 3 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZALEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración jurisprudencial de la sentencia de 16 de junio de 1995, expediente 3056, Magistrado Ponente: Dr. Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

EMISORAS DE RADIODIFUSIÓN SONORA/LICENCIA DE CONCESIÓN/ DERECHO DE FUNDAR MEDIOS MASIVOS DE COMUNICACIÓN

El acto acusado en manera alguna impide el ejercicio del derecho constitucional de fundar medios masivos de comunicación para prestar el servicio de radiodifusión sonora. Tampoco comparte la Sala la opinión del demandante en el sentido de que la prohibición establecida en el acto cuya declaratoria de nulidad se pretende implica el desconocimiento del artículo 84 del Estatuto Fundamental, pues de las disposiciones legales atrás indicadas resulta que para operar cualquier estación de radiodifusión sonora en el territorio nacional se requiere de la correspondiente licencia o concesión del Ministerio de Comunicaciones, so pena de hacerse acreedor a las sanciones allí establecidas.

NOTA DE RELATORÍA: Reitera la jurisprudencia de junio 1/95; Exp. 3102; actor: César A. Sánchez Martínez; Ponente: Yesid Rojas Serrano.

SERVICIO DE RADIODIFUSIÓN SONORA/COMUNIDADES ORGANIZADAS-Derechos/**LICENCIA O CONCESIÓN/DECRETO REGLAMENTARIO/ PERMISO PREVIO-**Inexistencia/**AUTORIZACIÓN DEL GOBIERNO-**Inexistencia

La violación del artículo 58 de la Carta Política con el argumento de que el acto cuya declaratoria de nulidad se impetra desconoce el derecho que en virtud de los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año adquirieron las personas y comunidades organizadas que prestaban el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones

legales, a continuar funcionando durante el término en ellas previsto, es decir, sin contar con la correspondiente licencia o concesión, la Sala considera que aún si se estimara que dichas normas hubieran concedido tal derecho, ello sería frontalmente ilegal por cuanto va en contravía de los claros y terminantes mandatos de los artículos 10 de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto Ley 1900 de 1990, hasta tal punto que esta misma Sección, mediante providencia de 20 de enero de 1995 (Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, actor: Jorge Enrique Gutiérrez Avila, Expediente No. 3177), decretó la suspensión provisional del citado artículo 131 del Decreto 1480 de 1994, con argumentos que son igualmente aplicables al artículo 40 del Decreto 1695 del mismo año por cuanto su contenido es similar. La Sala considera que al ser el acto demandado del mismo rango normativo que los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año, es decir, de naturaleza reglamentaria, debe entenderse que dicho acto acusado reformó o aclaró las indicadas normas y que, en cualquiera de los dos casos, su contenido es el que más se aviene con las disposiciones reglamentadas, pues el que no es acorde con ellas es el consignado en los citados artículos 131 y 140 a que atrás se hizo referencia. A los términos señalados en los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año no puede atribuírsele la virtualidad del permiso previo a que se refiere la norma que se reputa quebrantada para poder hacer uso de las frecuencias radioeléctricas requeridas para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, pues tal utilización está supeditada a la previa autorización del Gobierno, como se infiere inequívocamente de los artículos 10 de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto-Ley 1900 de 1990, en cuanto disponen que cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opera sin dicha autorización previa, son considerados como clandestinos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3156. Actor: Román Abad Gutiérrez Morales.

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 Román Abad Gutiérrez Morales en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 1o. del Decreto 2158 de 19 de septiembre de 1994, "por el cual se dictan normas sobre el servicio de radiodifusión sonora", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Es del siguiente tenor:

"Artículo 1o.- Mientras se cumplen los términos establecidos en los artículos 131 del Decreto 1480 de julio 13 de 1994 y 40 del Decreto 1695 de agosto 3 de 1994, y se realicen las licitaciones públicas o se expidan las licencias que con base en ellos sean pertinentes, las emisoras de radiodifusión sonora que vienen operando en el país sin concesión otorgada por el Ministerio de Comunicaciones, no podrán prestar ese servicio al público hasta tanto obtengan la correspondiente licencia".

b.- Los hechos de la demanda

En el correspondiente acápite del libelo demandatorio el actor se limita a transcribir el tenor del acto acusado.

c.- Las normas resuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda, se sintetizan a continuación (fls. 78 a 83):

Primer cargo.- Violación del artículo 20 de la Carta Política, pues al haberse reglamentado de manera general por los Decretos 1480 y 1695 de 1994 el ejercicio del derecho que consagra la norma constitucional, ello implica, a la luz del artículo 84 *ibídem*, la prohibición de establecer o exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para dicho ejercicio, lo cual desconoce el acto acusado al "... establecer condiciones restrictivas al disfrute del derecho fundamental de fundar medios masivos de comunicación en este caso EMISORAS, al impedir continúen prestando el servicio al público...".

Segundo cargo.- Violación de los artículos 4o. y 5o. de la Carta Política, pues "siendo tan flagrante la violación de la Constitución no se requiere análisis profundo para comprobarlo...".

Tercer cargo.- Violación del artículo 58 de la Constitución Nacional, por cuanto los derechos adquiridos con base en los artículos 131 del Decreto 1480 y 40 del Decreto 1695, ambos de 1994, que "...reconocen el derecho de funcionamiento a las emisoras en operación antes de la expedición de los citados decretos, así sea durante el tiempo en ellos contemplados...", resultan desconocidos y vulnerados por mandato posterior, como es el acto acusado, pues de la simple comparación de las normas en contraposición se evidencia el quebranto de los derechos adquiridos por las personas afectadas con la expedición de dicho acto.

Cuarto cargo.- Violación de los artículos 131 del Decreto 1480 y 40 del Decreto 1695 de 1994, que al autorizar de manera genérica el funcionamiento de las emisoras en

operación antes de la publicación de estos, no hacen otra cosa que tutelar el disfrute de la creación de medios masivos de comunicación, derecho inalienable e irrenunciable que no puede estar sujeto a condiciones por cualquier norma que pretenda reglamentarlo pues se tendría como inexistente, como sucede con el artículo 1o. del Decreto 2158 de 1994.

Quinto cargo.- Violación del artículo 20 del Decreto-Ley 1900 de 1990, ya que las emisoras que venían funcionando, con la expedición de los Decretos 1480 y 1695 de 1994, obtuvieron del Ministerio de Comunicaciones permiso previo con un término de duración de 180 días hábiles contados desde la fecha de la publicación de los decretos citados. Por eso, "cualquier norma que pretenda desconocer el mencionado permiso, para declararlo derogado requiere de justificación y motivación, que en el caso que nos ocupa no lo hubo, por cuanto el decreto no sustenta la decisión de cortar el disfrute del derecho fundamental contemplado en el artículo 20 de la Carta Política...".

Sexto cargo.- Violación del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto el acto acusado no cumplió con las formalidades que requiere su expedición. En efecto, desconoció el derecho de audiencia y de defensa, "...al imponerle a las emisoras autorizadas por el artículo 40 del Decreto 1695/94 y 131 del Decreto 1480/94 la sanción de no prestar el servicio de radiodifusión sonora, sin darles la oportunidad de ser oídas y de hacer uso del derecho de defensa...". Igualmente, no existe motivación para prohibir la prestación del servicio de radiodifusión sonora al público.

d.- Las razones de la defensa

En los escritos de contestación de demanda y alegato de conclusión, la parte demandada se opone a las pretensiones del actor con fundamento en las razones que a continuación se sintetizan (fls. 104 a 109 y 121 a 126):

1.- El Decreto 2158 de 1994 se ajusta a las previsiones normativas jerárquicamente superiores en cuanto que prohíbe la operación de emisoras en forma clandestina. En efecto, tanto la Ley 72 de 1989 en su artículo 10, como los Decretos 1900, artículo 50, y 1901, artículo 3o. numeral 8o., ambos de 1990, establecen que los servicios y redes de telecomunicaciones que operen sin previa autorización del gobierno son considerados clandestinos y por lo tanto el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspender y a decomisar los equipos, por lo que quien no esté autorizado no puede prestar el servicio de radiodifusión sonora.

2.- Para el ejercicio efectivo del derecho fundamental consagrado en el artículo 20 de la Carta Política es necesario el acceso y uso del espectro electromagnético, que por ser un bien público está sujeto a la gestión y control del Estado, de acuerdo con el artículo 75 de la misma codificación. En consecuencia, y según este último mandato constitucional, el Estado está obligado a colocar en igualdad de condiciones a los usuarios del espectro electromagnético, que en el presente caso se traduce en que todas las emisoras de radiodifusión sonora deben obtener del Ministerio de Comunicaciones, previa solicitud, la correspondiente licencia conforme a las normas que regulan dicha actividad.

3.- El artículo 4o. de la Constitución Política no se quebranta, pues con la expedición del Decreto 2158 de 1994 el Gobierno Nacional está garantizando la igualdad de oportunidades en el acceso y uso del espectro electromagnético en los términos fijados por la ley.

4.- No hay violación alguna contra el artículo 5o. de la Constitución Política, por cuanto con la expedición del acto no se atenta contra ningún derecho inalienable, es decir, aquél cuyo titular es un individuo y que no se puede enajenar.

5.- En relación con el derecho de propiedad consagrado en el artículo 58 de la Carta Política, el acto acusado en ningún momento lo desconoce por cuanto el objeto de la reglamentación es el espectro electromagnético, que como ya se señaló, es un bien público inalienable e imprescriptible que por su solo uso no convierte en propietario al cesionario del servicio.

6.- Los artículos 131 del Decreto 1480 y 40 del Decreto 1695 de 1994, han de entenderse no como la legalización de estaciones de radiodifusión sonora que venían operando clandestinamente, sino como el otorgamiento de un término para que las personas que venían operando sin la correspondiente licencia, participaran en una licitación pública y así posiblemente obtener la concesión, conforme a lo establecido en la Ley 72 de 1989 y los Decretos Reglamentarios Nos. 1900 y 1901 de 1990.

7.- No se ha violado el artículo 20 del decreto Ley 1900 de 1990, pues es la base legal de las normas mencionadas en el numeral anterior.

8.- El artículo 84 del C.C.A. no se viola con la expedición del Decreto 2158 de 1994, por cuanto corresponde precisamente a la acción de la que está haciendo uso el actor.

9.- El Consejo de Estado con ponencia del doctor Yesid Rojas Serrano, en sentencia de fecha 1o. de junio de 1995, ya se pronunció en el sentido de denegar las súplicas de la demanda instaurada contra el mismo artículo 1o. del Decreto 2158 de 1994, entre otras normas.

e.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 19 de diciembre de 1994, se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 91 a 95).

Mediante proveído de 18 de abril de 1995 se denegaron las pruebas solicitadas por el actor (fls. 117 y 118).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, procedieron a ello la parte demandada y el funcionario mencionado (fls. 121 a 126 y 127 a 132).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación considera que no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda, conforme a las razones que emitió en concepto de 22 de marzo de 1995, en el proceso 3102 promovido por el ciudadano César Augusto Sánchez Martínez, entre las cuales se destaca:

> "Este somero recorrido por las normas que rigen la materia objeto de estudio deja claro que el acto administrativo cuya anulación se impetra tiene amplio respaldo legal; que, ante todo, se trata del uso del espectro electromagnético, que es un bien público inenajenable e imprescriptible sujeto a la gestión y control del Estado; Que la radiodifusión sonora es un servicio público a cargo del Estado; Que en atención a ello para la prestación del servicio comunitario de radiodifusión sonora se requiere de licencia especial; Que el poder de gestión y control del Estado sobre el espectro electromagnético y el servicio público de radiodifusión sonora se ejerce a través del Ministerio de Comunicaciones; Que el otorgamiento de licencia para la prestación del servicio está sujeto al cumplimiento de claros requerimientos legales, etc. y, finalmente, que frente a estas realidades normativas se desvanecen los frágiles argumentos de la demanda".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con el primer cargo.- Luego del estudio de sus fundamentos, para la Sala es claro que adolece de vocación de prosperidad, pues el acto acusado en manera alguna impide el ejercicio del derecho constitucional de fundar medios masivos de comunicación para prestar el servicio de radiodifusión sonora, sino precisamente, como lo concluyó esta misma Sección en sentencia de 1o. de junio de 1995 al resolver similar acusación a la que se formula en este proceso, está "...reglamentando la actividad de las emisoras de radiodifusión sonora en los términos de los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año, para que sea ejercida conforme a la ley, previa la obtención de la respectiva licencia, de que tratan los artículos 10o. de la Ley 72 de 1989; 50 del Decreto 1900 de 1990 y 3o. numeral 8 del Decreto 1901 del mismo año, y en ejercicio de las facultades contempladas en el artículo 189-11 de la Carta Política" (Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano, Actor: César Augusto Sánchez Martínez, Exp. No. 3102).

De otra parte, tampoco comparte la Sala la opinión del demandante en el sentido de que la prohibición establecida en el acto cuya declaratoria de nulidad se pretende implica el desconocimiento del artículo 84 del Estatuto Fundamental, pues de las disposiciones legales atrás indicadas resulta que para operar cualquier estación de radiodifusión sonora en el territorio nacional se requiere de la correspondiente licencia o concesión del Ministerio de Comunicaciones, so pena de hacerse acreedor a las sanciones allí establecidas.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo.- La Sala se abstiene de pronunciarse sobre la violación de los artículos 4o. y 5o. de la Carta Política pues al ser la jurisdicción de lo contencioso administrativo rogada y no oficiosa, es imperativo que el actor indique de manera precisa no sólo las normas de superior jerarquía que estime infringidas por el acto o actos acusados, sino que explique el concepto de su quebrantamiento, requisito que no se cumple en este caso como quedó precisado al enunciar los cargos de la demanda.

En relación con el tercer cargo, en el cual se alega la violación del artículo 58 de la Carta Política con el argumento de que el acto cuya declaratoria de nulidad se impetra desconoce el derecho que en virtud de los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año adquirieron las personas y comunidades organizadas que prestaban el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales, a continuar funcionando durante el término en ellas previsto, es decir, sin contar con la correspondiente licencia o concesión, la Sala considera que aún si se estimara que dichas nórmas hubieran concedido tal derecho, ello sería frontalmente ilegal por cuanto va en contravía de los claros y terminantes mandatos de los artículos 10o. de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto Ley 1900 de 1990, hasta tal punto que esta misma Sección, mediante providencia de 20 de enero de 1995 (Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Jorge Enrique Gutiérrez Ávila, Expediente No. 3177), decretó la suspensión provisional del citado artículo 131 del Decreto 1480 de 1994, con argumentos que son igualmente aplicables al artículo 40 del Decreto 1695 del mismo año por cuanto su contenido es similar. En efecto, en la mencionada providencia la Sala expresó lo siguiente:

> "Al hacer la comparación entre las dos normas legales citadas por el peticionario y la disposición reglamentaria acusada, la Sala encuentra que efectivamente, la última contraría en forma manifiesta la primera, pues es evidente que en cumplimiento de las citadas normas legales la administración tiene la obligación de proceder a la suspensión del servicio considerado clandestino y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las demás sanciones a que hubiere lugar y sin posibilidad de legalización, mientras que el sentido de la norma acusada es la de permitir la continuación del funcionamiento de esos servicios que han venido prestándose sin sujeción a las disposiciones legales, lo cual va en contravía de las leyes reglamentadas".

De otra parte, la Sala considera que al ser el acto demandado del mismo rango normativo que los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año, es decir, de naturaleza reglamentaria, debe entenderse que dicho acto acusado reformó o aclaró las indicadas normas y que, en cualquiera de los dos casos, su contenido es el que más se aviene con las disposiciones reglamentadas, pues el que no es acorde con ellas es el consignado en los citados artículos 131 y 140 a que atrás se hizo referencia y que se transcriben a continuación, a manera ilustrativa:

– Decreto 1480 de 1994:

"ARTÍCULO 131.- Las personas que han venido prestando el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, podrán solicitar al Ministerio de Comunicaciones, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto, la iniciación del procedimiento de selección objetiva para prestar el servicio en el municipio o distrito donde han venido operando.

"Para el efecto, el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta el estudio de disponibilidad de frecuencias, los criterios previstos en el Plan General de Radiodifusión Sonora y demás requisitos establecidos en el presente Decreto".

– Decreto 1695 de 1994:

"ARTÍCULO 40.- Las Comunidades organizadas que han venido prestando el servicio comunitario de radiodifusión sonora sin sujeción a las disposiciones legales vigentes sobre la materia, podrán solicitar al Ministerio de Comunicaciones, dentro de los ciento ochenta (180) días siguientes a la fecha de publicación del presente Decreto, la concesión para prestar el servicio en el municipio o distrito donde han venido operando.

"Para tal efecto, el Ministerio de Comunicaciones tendrá en cuenta el estudio de disponibilidad de frecuencias, los criterios y demás requisitos establecidos en el presente Decreto".

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En relación con el cuarto cargo, sobre violación de los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año, ya transcritos, y como fundamento para denegar su prosperidad, la Sala se remite a los análisis consignados en el estudio de los cargos primero y tercero.

En relación con el quinto cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 20 del Decreto-ley 1900 de 1990, la Sala considera que también adolece de vocación de prosperidad, pues los términos señalados en los artículos 131 del Decreto 1480 de 1994 y 40 del Decreto 1695 del mismo año no puede atribuírseles la virtualidad del permiso previo a que se refiere la norma que se reputa quebrantada para poder hacer uso de las frecuencias radioeléctricas requeridas para la prestación del servicio de radiodifusión sonora, pues tal utilización está supeditada a la previa autorización del Gobierno, como se infiere inequívocamente de los tantas veces citados artículos 10o. de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto-Ley 1900 de 1990, en cuanto disponen que cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin dicha autorización previa, son considerados como clandestinos.

De acuerdo con lo anterior, el cargo no prospera.

En relación con el sexto cargo.- Para la Sala es incuestionable que tampoco ha de prosperar la acusación de desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa que se atribuye al acto acusado, con el argumento de que se "sancionó" a las personas y comunidades organizadas que venían prestando el servicio de radiodifusión sonora sin sujeción a la ley a no continuar haciéndolo hasta tanto obtuvieren la correspondiente autorización o licencia, "...sin darles la oportunidad de ser oídos y de hacer uso del derecho de defensa", pues, de una parte, dicha causal de nulidad no opera respecto del proceso de formación de actos administrativos de contenido general, como el acusado, y, de la otra, los mandatos de éste último son una simple y natural consecuencia de las normas reglamentadas, vale decir, de "...la Ley 74 de 1966, los Decretos-ley 1900 y 1901 de 1990", como reza el epígrafe del decreto parcialmente enjuiciado, y específicamente de los artículos 10o. de la Ley 72 de 1989 y 50 del Decreto Ley 1900 de 1990, los cuales, como quedó visto, exigen la previa autorización del Gobierno, vale decir, la correspondiente licencia a que se refiere el acto acusado.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del artículo 1o. del Decreto 2158 de 19 de septiembre de 1994, se procederá a denegar las pretensiones formuladas en la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta sentencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

EMPLEADO DE MANEJO/JUICIO FISCAL/CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA/DERECHO AL DEBIDO PROCESO

No existe duda alguna en cuanto a que el actor, en su calidad de administrador del edificio nuevo del Congreso, era un empleado de manejo. Así se desprende del texto del artículo 2o. de la resolución orgánica No. 0708 del 13 de abril de 1978, de la Contraloría General de la República, el cual expresa: "Son empleados de manejo, todos aquellos que recauden, reciban, inviertan, paguen, administren fondos o bienes nacionales o los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies materiales o elementos de propiedad de la Nación, de las entidades que fiscaliza la Contraloría General de la República..." De tal manera que como empleado de manejo que era el actor estaba obligado a responder por lo bienes objeto de la administración encomendada, resultando irrevelante, por lo mismo, que la entrega de los elementos necesarios para dicha administración hubiera sido fiscalizada o nó por la Auditoría de la Contraloría General de la República. Como lo hace notar el *a-quo,* el actor no tuvo la precaución de haber entregado y recibido bajo inventario los bienes que estaban bajo su custodia, lo cual hace que tal desidia no pueda ser alegada en su favor. De acuerdo con los antecendentes administrativos de los actos acusados, se observa que si bien es cierto que no aparece diligencia alguna que lleve por nombre "aviso de requerimiento", no lo es menos que al actor se le hizo saber la existencia de un faltante para que explicara las razones o motivos del mismo, para lo cual solicitó una prórroga que le fue otorgada a fin de rendir los correspondientes descargos, descargos estos que efectuó el 20 de febrero de 1987.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3310. Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Oswaldo Miranda Gracia.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 9 de febrero de 1995, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que denegó las súplicas de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

I.1.- El señor OSWALDO MIRANDA GRACIA, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

a): Se anulen los fallos: de primera instancia de 16 de noviembre de 1988, distinguido con el No. 0091, proferido por la Jefatura de Sección Territorial de Juicios Fiscales - Cundinamarca; y de segunda instancia de 9 de octubre de 1991, distinguido con el No. 1229, proferido por la División de Juicios Fiscales de la Contraloría General de la República, por los cuales se declaró al actor fiscalmente responsable por la suma de $4.295.361.79, en su calidad de Ex Administrador del nuevo edificio para el Congreso Nacional.

b): Como consecuencia de la declaratoria de nulidad anterior se restablezca el derecho del actor en el sentido de que se declare que no es responsable fiscalmente por dicha suma y que se encuentra a paz y salvo por este concepto.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones el apoderado del actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o.): Los actos acusados adolecen de falsa motivación y consiguientemente violan los artículos 19, 24, 28, 29, 34, 39, 44, 48, 50 y 51 de la Resolución Orgánica No. 04 de 1960, expedida por la Contraloría General de la República, y 88 de la resolución orgánica No. 07008 de 1978, expedida por la Contraloría General de la República, 2o., 16, 17, 20, 30 y 63 de la Constitución Nacional de 1886, por lo siguiente:

a): El actor no era funcionario de manejo, ni poseía póliza de manejo.

b): La investigación no deslindó responsabilidades teniendo en cuenta el período efectivamente servido por el actor. En efecto, la investigación tomó un período durante el cual el actor no ejerció el cargo de administrador del edificio del nuevo Congreso ya

que él disfrutó de cuatro períodos de vacaciones y hubo un período de más de un año dentro del cual la administración del edificio estuvo a cargo de persona distinta de él.

c): La investigación no tuvo para nada en cuenta la pérdida de elementos, cuya denuncia fue presentada oportunamente, como tampoco los paz y salvos pedidos por los funcionarios competentes de la Cámara de Representantes y del Senado de la República.

d): La investigación efectuó movimientos de elementos sin acompañar las respectivas bajas por traspaso.

e): Los elementos que le entregaron al actor no fueron fiscalizados por la Auditoría de la Contraloría.

Las anteriores omisiones llevaron a losinvestigadores a incurrir en una falsa motivación ya que los supuestos fácticos de los fallos que no se ajustan a la verdad.

2o.): Los actos acusados violan los artículos 17, 95 y 98 de la Resolución Orgánica No. 070008 de 1978, expedida por la Contraloría General de la República, y consecuencialmente el artículo 26 de la Constitución Nacional de 1886, porque en tratándose de juicios fiscales existen normas precisas en las cuales se consagra el aviso de requerimiento para que el presunto inculpado dentro de un término de 15 días allegue los documentos necesarios, aclare dudas, rinda explicaciones, y este aviso no se dio al actor. Luego viene el aviso de observaciones y tampoco se cumplió con este paso, todo lo cual quebranta el debido proceso que consagra la norma constitucional citada.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, que culminó con la sentencia de 9 de febrero de 1995, la cual fue oportunamente apelada por el apoderado del actor.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda consideró el a quo, en esencia, lo siguiente:

1o.): De acuerdo con las definiciones que traen los artículos 43 de la resolución No. 1771 de 13 de agosto de 1957 y 1o. de la resolución orgánica No. 9797 de 1982, para la Sala es indiscutible que el actor sí era un empleado de manejo ya que tenía a su cargo la custodia y suministro de materiales de propiedad de la Nación, además que según el artículo 3o. de la Resolución Orgánica No. 4 de 1960, el Jefe de cada oficina o dependencia debe hacer el inventario valorizado de todos los elementos que se le hayan suministrado, entre otras cosas, para la administración.

Aparece demostrado en el expediente que al actor le fue entregada la administración del edificio del Congreso el 25 de octubre de 1982 (folio 169 del cuaderno de pruebas), acto que implícitamente incluye todos los elementos materiales contenidos en su interior

que hacían parte de las instalaciones, así como el almacén con sus inventarios, los materiales para construcción existentes en la fecha de recibo del encargo, más los que fueron incorporados en ese lapso a aquéllas.

De manera que no puede afirmarse la inexistencia de un deber fiscal en la custodia y administración de los bienes recibidos.

A folios 16 y 17 del expediente figuran dos memorandos, a saber: el No. 0917 de 25 de abril de 1983 y el No. 1743 de 9 de julio de 1984. En el primero, el Director de Inmuebles Nacionales del Ministerio de Obras Públicas y Transporte le informa al actor que debe entregar la administración a la señora Carmen Garbinas, y en el segundo se le ordena trasladarse de nuevo al edificio y ocupar el cargo de administrador del mismo.

Sin embargo, la no división de las épocas de ejercicio efectivo del cargo no permite exonerar al actor pues el faltante encontrado y el fallo respectivo se dieron cuando éste ejercía el cargo y por ello debía responder por lo entregado, mas aún cuando no figura en el expediente acta de entrega ni de recibo de los elementos y materiales entre el actor y la funcionaria entrante, lo cual denota negligencia por parte del primero.

Además, el faltante abarcó desde febrero de 1983 hasta 1986, por lo cual excluir el período entre abril de 1983 y julio de 1984 no modificaría en nada el fundamento fáctico en el que la Contraloría sustentó su fallo.

Con todo, el alcance fiscal fue determinado con ocasión de una visita praticada durante el tiempo de ejercicio efectivo del encargo de modo que la responsabilidad se radicó por el faltante hallado en ese momento, el cual no fue debidamente justificado.

En lo que tiene que ver con los paz y salvos, es la misma Resolución sancionatoria No. 1229 de 9 de octubre de 1991, la que en el acápite de hechos afirma que la División de Investigaciones verificó que los paz y salvos mencionados sólo se referían a los elementos devolutivos entregados al actor para su servicio como administrador, y ello es tan cierto que ni siquiera rendía cuentas al Congreso sino al Ministerio de Obras Públicas. Esto se corrobora con lo dicho en la respuesta al Oficio No. 001137 de 20 de mayo de 1988 (folios 153 a 156 del cuaderno 2).

En cuanto a la denuncia, la Resolución 1229 de 1991, en sus considerandos afirma que ella fue tardía ya que se hizo con posterioridad a la iniciación de la visita e investigación y, por lo demás, en el acervo probatorio no figura copia de la misma y aún cuando la hubiere presentado oportunamente, la Resolución Orgánica No. 4 de 1960 establece en sus artículos 28, 29 y 48 el procedimiento en caso de faltantes, daño o depreciación de bienes nacionales, de los cuales se deduce que el actor no sólo debía limitarse a colocar la correspondiente denuncia sino a realizar una serie de actividades posteriores tendientes a recuperar lo perdido y a clarificar las circunstancias de los extraviado, toda vez que ejercía el cargo de administrador del edificio y era responsable de los materiales y elementos que le fueron entregados por los respectivos almacenes de Congreso.

El cargo a que alude el actor en el sentido de que la investigación efectuó movimiento de elementos sin acompañar las respectivas bajas por traspaso no tiene respaldo probatorio, además que es al empleado de manejo y no al investigador a quien corresponde realizar las bajas por traspaso, por lo cual tampoco está llamado a prosperar.

A criterio de la Sala, el concepto sobre si los bienes eran fiscalizados o nó por la Auditoría de la Contraloría no es de recibo, toda vez que conforme con las normas vigentes de 1987 empezando por el artículo 59 de la Constitución Política anterior, la Ley 20 de 1975 y demás disposiciones reglamentarias, es una función propia del ente fiscalizador vigilar la gestión administrativa en el orden fiscal y de cualquier manera no constituye argumento válido del actor para exonerarse de sus obligaciones como funcionario administrador, pues la obligación del empleado de manejo de rendir cuentas parte del supuesto de que están de por medio los bienes del Estado y no está supeditada al hecho de hallarse sometido o supervisado por la Auditoría de la entidad.

El concepto de la violación de los artículos de la Constitución Política de 1886 no fue desarrollado lo cual imposibilita a la Sala para pronunciarse al respecto. Además el contenido de dichos artículos tampoco permite deducir el por qué de su violación pues, como ya se dijo, el actor era un empleado de manejo y como tal responsable de la administración de los bienes que le habían sido entregados, responsabilidad que no asumió a cabalidad al comprobársele el faltante que le llevó a ser sancionado.

2o.): Aduce el actor que no se le dio aviso de requerimiento así como tampoco el aviso de observaciones.

Según las pruebas documentales que figuran en el expediente se tiene lo siguiente:

a): A folio 72 del cuaderno 2 obra fotocopia autenticada del "Acta de Notificación del faltante de materiales o bienes de la Administración del Nuevo Edificio del Congreso de la República, al arquitecto Oswaldo Miranda García... como administrador durante el lapso que comprende esta visita...", debidamente firmada por el actor, el investigador fiscal y la secretaria ad hoc, en la cual se dice que se estableció un faltante de materiales los cuales no están respaldados en actas de inspección o de bajas o que figuren en almacén, por valor de $4.295.361.79, y que presente el arquitecto, en su condición de funcionario de la administración que se investiga, se le hizo saber el anterior faltante para que explicara las razones o motivos de él o lo reintegra a la mayor brevedad posible, para lo cual el actor solicitó prorrogar la diligencia de notificación hasta el día siguiente a fin de presentar descargos, accediendo el investigador a su solicitud.

b): A folio 73 del cuaderno No. 2 obra el acta de renaudación de la notificación del faltante de materiales o bienes de la administración del nuevo edificio del Congreso, en la cual el actor se refirió al faltante que se le notifica.

c): A folio 77 del cuaderno No. 2 figura el auto de apertura de la investigación.

El artículo 22 de la Resolución Orgánica No. 07008 de 1978 en su último inciso expresa que la apertura del juicio administrativo de cuentas tiene el mismo valor de un

aviso de observaciones, lo cual reitera el hecho de que dicho aviso no es una providencia que obligatoriamente deba dictarse, toda vez que puede se reemplazada por otras.

De acuerdo con lo anterior y con la definición que sobre el objeto y alcance del juicio fiscal consagra el artículo 28 *ibídem,* no se observa la violación del debido proceso ni de la referida resolución orgánica.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El apoderado del actor adice como motivos con discrepancia con la providencia apelada, los siguientes:

1o.): La sentencia dedujo una conclusión equivocada. La equivocación estriba en la exégesis de las normas en que se fundan las peticiones de la demanda y en no dar por establecidos, estándolos, los cargos imputados a las resoluciones acusadas.

2o.): De no haber sido por la aplicación indebida de las normas singularizadas en los cargos, la interpretación equivocada en cuanto al alcance y contenido de los preceptos legales en que se funda la acción y la mala apreciación de las pruebas obrantes en el plenario, la conclusión a la que llegó el Tribunal hubiera sido distinta.

IV.- ALEGATOS

La partes ni la agencia del Ministerio Público hicieron uso de tal derecho.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En lo tocante con el primer cargo estima la Sala que no le asiste razón al actor, por lo siguiente:

No existe duda alguna en cuanto a que el actor, en su calidad de administrador del edificio nuevo del Congreso, era un empleado de manejo. Así se desprende del texto del artículo 2o. de la Resolución Orgánica No. 07008 del 13 de abril de 1978, de la Contraloría General de la República, el cual expresa: "Son empleados de manejo, todos aquellos que recauden, reciban, inviertan, paguen, administren fondos o bienes nacionales o los que tienen a su cargo la custodia, provisión o suministro de especies materiales o elementos de propiedad de la Nación, de las entidades que fiscaliza la Contraloría General de la República..." (Las subrayas son de la Sala).

De tal manera que como empleado de manejo que era el actor estaba obligado a responder por los bienes objeto de la administración encomendada, resultando irrelevante, por lo mismo, que la entrega de los elementos necesarios para dicha administración hubiera sido fiscalizada o nó por la Auditoría de la Controlaría General de la República.

En lo que respecta a la censura consistente en que la investigación no deslindó responsabilidades pues hubo un período dentro del cual el actor no ejerció el cargo de administrador cabe tener en cuenta que para que tuviera virtulidad de prosperar esta

censura era menester que el actor hubiera probado, lo cual no hizo, que fue durante los períodos vacacionales que se produjeron los faltantes.

Por lo demás, como lo hace notar el a quo, el actor no tuvo la precaución de haber entregado y recibido bajo inventario los bienes que estaban bajo se custodia, lo cual hace que tal desidia no pueda ser alegada en su favor.

En lo referente a la censura consistente en que no se tuvieron en cuenta los paz y salvos expedidos por los funcionarios de la Cámara de Representantes y el Senado de la República, tampoco tiene vocación de prosperidad ya que dichos paz y salvos, como se advierte en el fallo No. 0091 de 16 de noviembre de 1988 (folio 24 cuaderno principal), se refieren a elementos que el actor recibió para su servicio y nó a elementos o materiales de construcción del nuevo edificio del Congreso Nacional, que sin respecto de los cuales se estableció el faltante objeto de la investigación que culminó con los actos acusados.

En lo concerniente a la denuncia formulada por el actor por la pérdida de los elementos que, a su juicio, ha debido tenerse en cuenta en la investigación, tampoco le asiste razón ya que conforme se lee en el fallo No. 1229 de 9 de octubre de 1991 (folio 29 cuaderno principal), dicha denuncia se presentó con posterioridad a la investigación, es decir, el hecho de la pérdida se descubrió nó por la demanda sino por la investigación, y esta circunstancia, conforme el parágrafo del artículo 29 de la Resolución Orgánica No. 4 de 13 de abril de 1960, de la Contraloría General de la República (folio 36 cuaderno No. 3), constituye presunción de negligencia o descuido en el manejo de los bienes objeto de custodia y se debe tener como agravante de culpabilidad para efectos de la investigación administrativa.

En lo concerniente a la censura del actor consistente en que en la investigación se realizaron movimientos de elementos sin acreditar las bajas por traspaso, como lo advirtió el a quo, no existe elemento probatorio alguno en el expediente que confirme esta aseveración.

No habiendo prosperado las censuras que el actor relacionó cono constitutivas de la causal de falsa motivación, se descarta la transgresión de las normas constitucionales y de las resoluciones orgánicas Nos. 4 de 1960 y 07008 de 1978, expedidas por la Contraloría General de la República, que invoca en el primer cargo como consecuencia de aquéllas.

En lo relativo al segundo cargo, tampoco está llamado a prosperar, por lo siguiente:

Aduce el actor que se vulneró el debido proceso por cuanto no se le dieron los avisos de requerimiento y el de observaciones.

Conforme al artículo 17 de la Resolución Orgánica No. 07008 de 1978, expedida por la Contraloría General de la República, el aviso de requerimiento es la exigencia escrita que hace la Sección Territorial de Examen de Cuentas a los empleados de manejo para que el término de 15 días alleguen documentos o aclaren dudas antes de que se elabore

el aviso de observaciones, aviso este que según el artículo 18 ibídem, es la exposición escrita de las glosas de fondo resultante del examen de las cuentas, es decir, una providencia que, de acuerdo con el artículo 22 *ibídem,* tiene el mismo valor que la apertura del Juicio Administrativo de Cuentas (folios 9 y 10 cuaderno No. 3).

De acuerdo con los documentos obrantes en el cuaderno No. 2 contentivo de los antecedentes administrativos de los actos acusados, se observa que si bien es cierto que no aparece diligencia alguna que lleve por nombre "aviso de requerimiento", no lo es menos que según se desprende de los documentos visibles a folios 72 y 73 del mismo cuaderno al actor se le hizo saber la existencia de un faltante para que explicara las razones o motivos del mismo, para lo cual solicitó una prórroga que le fue otorgada a fin de rendir los correspondientes descargos, descargos estos que efectuó el 20 de febrero de 1987.

Con posterioridad a dichas diligencias se profirió el auto No. 0008 de 18 de enero de 1988 (folios 128 a 129 del mismo cuaderno), el cual en su artículo 3o. expresa que "Esta providencia hace las veces del aviso de observaciones...", providencia que fue notificada al actor como se observa claramente al folio 129 vuelto *ibídem.*

Lo anterior pone en evidencia que el actor no se le desconoció el debido proceso, lo cual deja sin sustento el segundo cargo.

Se impone así la confirmación de la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá 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:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 11 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

CONCEJO MUNICIPAL-Funciones/**TASA**-Naturaleza/**TASA**-Improcedencia/**ACCIÓN DE NULIDAD**-Naturaleza

Independientemente del loable objetivo que persigue el acto acusado y de la insistencia que sobre la imperiosa necesidad de apoyo económico al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Santa Marta por parte de los habitantes de ese municipio predica el recurrente, debe recordarse que en el campo de la acción de nulidad, como lo ejercida en este proceso, "... es donde se evidencia el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, o sea la operancia del principio de legalidad, que busca en el funcionario o entidad que dicta el acto que esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dicha entidad".

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración de la sentencia de 25 de mayo de 1968, Ponente: Dr. ALFONSO MELUK.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Expediente No. 1639. Actor: César Rolando Marcucci Vera.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de primera

instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 8 de septiembre de 1994.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El ciudadano César Rolando Marcucci Vera, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demandó el 30 de agosto de 1990 ante el Tribunal Administrativo del Magdalena la declaratoria de nulidad del Acuerdo No. 036 de diciembre 7 de 1989, "por el cual se establece un recargo en los servicios de acueducto y teléfono", expedido por el Concejo Municipal de Santa Marta.

b.- El acto acusado

Mediante el indicado acto se estableció un recargo de $50.oo por cada teléfono abonado de la Empresa de Teléfonos de Santa Marta (TELESANTAMARTA), con destino al Cuerpo de Bomberos voluntarios de dicha localidad (art. 1o.); se dispuso que el recargo en mención se recaudaría por la mencionada Empresa dentro de los recibos mensuales de cobro del servicio, que el valor resultante del recaudo se consignaría en una cuenta especial denominada Cuerpo de Bomberos voluntarios de Santa Marta, sometida al control fiscal de la Contraloría Municipal, que los establecimientos comerciales, industriales, bancarios y afines aportarían la suma de $100.oo por abonado telefónico en servicio (art. 2o.); se estableció un recargo en el servicio de acueducto por valor de $20.oo por cada usuario, con destino al mencionado Cuerpo de Bomberos voluntarios (art. 3o.); se dispuso que para este último efecto el cobro se efectuaría en los correspondientes recibos de cobro del servicio y que los valores recaudados se consignarían en una cuenta especial a nombre de la entidad beneficiaria, sometida al control fiscal de la Contraloría Municipal (art. 4o.).

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se quebrantaron los artículos 20, 43, 197-2 de la anterior Carta Política, 93-1 y 171 del Decreto 1333 de 1986, pues si de acuerdo con tales normas los concejos municipales sólo pueden imponer contribuciones dentro de los límites señalados por la ley y las ordenanzas, en el presente caso el Concejo Municipal de Santa Marta desconoció por completo esos mandatos al no existir disposición alguna que lo autorizara para establecer recargos en los servicios de teléfono y acueducto, más aún si se tiene en cuenta que el citado artículo 93-1 del Decreto 1333 de 1986 "... se refiere a contribuciones para el servicio municipal y no para personas jurídicas particulares como lo es el CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE SANTA MARTA...".

c.- Las razones de la defensa

En el escrito de contestación de demanda, la parte demandada se limitó a solicitar la práctica de algunas pruebas (fl. 24 Cdno. Ppal.).

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 21 de septiembre de 1990 se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional del acto acusado (fls. 13 a 18 Cdno. Ppal.), decisión esta última que, recurrida en apelación, se confirmó mediante providencia de fecha 23 de mayo de 1991 (fls. 36 a 41 *ibídem*).

Mediante proveído de 30 de mayo de 1991, se decretaron las pruebas solicitadas por la parte demandada (fl. 33 Cdno. No. 2).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, todos ellos guardaron silencio.

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal *a-quo,* luego de analizar las disposiciones constitucionales y legales invocadas en la demanda y de transcribir algunos apartes de la providencia de esta Sección mediante la cual se confirmó la decisión de decretar la suspensión provisional del acto acusado, declaró su nulidad, pues consideró, en suma, lo siguiente (fls. 70 a 78 Cdno. No. 2):

> "Resulta así clara y evidente la violación de los artículos 43 y 197 atribución 2a. de la Constitución de 1886, así como el artículo 93 atribución 1a. del Decreto 1333 de 1986, por parte del Acuerdo acusado, en cuanto estableció una contribución para lo cual no estaba autorizado el Concejo Municipal, ya que la facultad impositiva de los Concejos es derivada, debiendo ajustarse a las autorizaciones de la ley.
>
> "Lo anterior entraña una extralimitación de funciones, con lo cual resulta infringido el artículo 20 de la Constitución Nacional de 1886.
>
> "Esa violación se hace más notoria si se considera que siendo la sobretasa o tarifa una retribución por el servicio recibido, nada tiene que ver el Cuerpo de Bomberos voluntarios de Santa Marta con la prestación de los servicios de teléfono y acueducto. El recargo establecido por el acto acusado constituye un aumento en la tarifa o sobretasa de esos servicios. Lo que, se repite, no está autorizado. Sin duda que el objetivo es loable, pero el procedimiento escogido es equivocado".

III.- LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 84 a 8 5 Cdno. No.2).

La suma que en virtud del acto demandado se recauda con destino al Cuerpo de Bomberos voluntarios de Santa Marta asciende a $1.900.000.00, la cual es significativa

teniendo en cuenta que sus gastos mensuales son de $9.694.288.00 y sus ingresos totales de $7.791.614.14, lo que genera un déficit de "$2.302.670.86"; (sic) si se redujera de sus ingresos la indicada suma de $1.900.000.oo, el défict mensual se elevará a $4.202.670.86, en detrimento del buen servicio que ha venido prestando con eficiencia desde hace 34 años, por ello, "... la nulidad en cuestión es el más duro golpe que ha recibido, dejándole al borde del cierre definitivo, pues, actualmente, dadas las cortapisas constitucionales, no hay de manera inmediata una fórmula que garantice su subsistencia".

De otra parte, "JOSSERAND enseña que no todo el derecho está encerrado dentro de la legalidad; que alrededor del derecho escrito, vive y hierve todo un mundo de principios, de directrices y de atender, (sic) en los cuales distingue muy justamente a HAURIOC (sic) los principios constitucionales del comercio jurídico, y como una especie de superlegalidad. Es por lo que en síntesis se ha llamado la parte humana del derecho, en que muchas veces, nos toca apartarnos de la norma rígida, fría e indiferente, sin que ello implique transgredir la Ley, e incurrir en la ilicitud reglada por el código de las penas, sino por el contrario, actualizándola profiriendo un fallo en justicia y equidad" (sic).

IV.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene (fls. 7 a 10 Cdno. No. 3), la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicita confirmar la sentencia recurrida, pues considera, en síntesis, que de conformidad con lo dispuesto por los artículos 93-1 y 171 del Decreto 1333 de 1986, el Concejo Municipal de Santa Marta carecía de facultad legal para establecer recargos a los servicios públicos con destino al Cuerpo de Bomberos voluntarios de la localidad.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es evidente que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia adolece en absoluto de vocación de prosperidad, no sólo debido a la total ausencia de argumentaciones jurídicas que cuestionen los fundamentos de orden constitucional y legal sobre los que reposa, sino por cuanto, independientemente del loable objetivo que persigue el acto acusado y de la insistencia que sobre la imperiosa necesidad de apoyo económico al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Santa Marta por parte de los habitantes de ese municipio predica el recurrente, debe recordarse que en el campo de la acción de nulidad, como la ejercida en este proceso, "... es donde se evidencia el sometimiento de la administración pública a las normas jurídicas, o sea la operancia del principio de legalidad, que busca que el funcionario o entidad que dicta el acto esté investido de la facultad de hacerlo; que al efecto llene los requisitos legales y que contenga precisamente la medida jurídica que la ley ha ideado para conseguir los fines previstos, sin quebrantar norma que sea obligatoria para dicha entidad" (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de 25 de mayo de 1968, Consejero Ponente doctor Alfonso Meluk. Anales del Consejo de Estado, Tomo LXXIV, Números 417 y 418 Primer Semestre 1968, págs. 177 a 185).

De otra parte, la Sala reitera en esta oportunidad las consideraciones con base en las cuales esta Sección confirmó la medida de suspensión provisional del acto acusado, al estimar que éste incurría en franca violación de las disposiciones invocadas por el demandante en su solicitud. En efecto, en aquella ocasión la Sala expresó lo siguiente:

> "Ahora bien, partiendo de la base doctrinaria y jurisprudencial de que la tasa o tarifa corresponde al precio fijado por el Estado, llámese Nación, Departamento o Municipio, por la prestación de un servicio que debe cubrir la persona que haga uso de éste, resulta que ella tiene como elementos inescindibles una contraprestación individualizada y una obligatoriedad en la medida en que se haga uso del servicio, es decir conlleva el factor de voluntariedad.
>
> "Si como se acaba de expresar uno de los elementos esenciales de la tasa es su voluntariedad, entendida en el sentido de que cualquier persona puede decidir libremente si hace uso o no del servicio de que se trate y en caso tal estar obligado o no a su pago, no se entiende cómo el aludido 'recargo' con destino al Cuerpo de Bomberos Voluntarios tenga relación alguna con los servicios a que alude el acto demandado, ni tampoco cómo podría legalmente la administración municipal negarse a prestar los servicios de teléfono o acueducto bajo el argumento de que el mayor valor de cada factura obedece a una sobretasa, la cual, en primer término, no guarda relación alguna con la tasa que se cobra en cada factura y, además, cuando el mismo acto demandado no le dé ese tratamiento ni la define como tal".

En las anteriores circunstancias ha de procederse a confirmar la sentencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 8 de septiembre de 1994.

Segundo.- En firme esta decisión, previas las anotaciones de rigor, devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja contancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

INDERENA-Sanción/ESTATUTO GENERAL DE PESCA-Vinculación/INVESTIGACIÓN ADMINISTRATIVA/DERECHO AL DEBIDO PROCESO

La Sala insiste en que los testimonios de los pescadores son merecedores de credibilidad además, el mismo Capitán reconoce haber estado pescando a 25 metros de profundidad, y de acuerdo con la Carta de Navegación No. 24.512, dicha profundidad corresponde al beril de las 14 brazas, zona ésta que se halla dentro del Golfo de Morrosquillo. Quedó claramente demostrado que la Motonave Corozal de propiedad de empresa demandante se hallaba pescando en zona reservada para la pesca artesanal. Las denuncias presentadas por el directamente afectado en la colisión y por el Comité de Pescadores Artesanales, evidencian la preocupación que les ocasiona el que el área de pesca para ellos reservada, esté siendo utilizada para la pesca de arrastre. La Resolución No. 709 de 30 de marzo de 1981 originaria del INDERENA , amplió el área de prohibición para la pesca de arrastre en el Golfo de Morrosquillo sobre el denominado Archipiélago de San Bernardo (Islas Famangles, Ciacán, Múcura, Tatipán y Panda) comprendiendo el rectángulo ABCD cuyos extremos poseen las coordenadas que en dicha resolución se señalan. En conclusión, Pestolu no logró demostrar que los hechos por los cuales se le sancionó no fueron por ella cometidos, razón por la cual la presunción de legalidad de los actos acusados sigue incólume.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3301. Actor: Empresa Colombiana Pesquera de Tolú S.A. - PESTOLÚ S.A.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, de fecha 2 de marzo de 1995.

I.- ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La Empresa Colombiana Pesquera de Tolú S.A. Pestolú S.A. a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Sucre la nulidad de las resoluciones Nos. 000177 y 000311 de 24 de marzo y 14 de mayo de 1993, respectivamente, expedidas por el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura -INPA-, adscrito al Ministerio de Agricultura, y solicitó que como consecuencia de la declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se exonere a la demandante de las sanciones impuestas en las resoluciones cuya nulidad se demanda, enviando copia de dicha decisión a la Capitanía de Puerto de Coveñas y a la Dirección General Marítima y Portuaria para lo de su cargo. De igual manera solicita se condene a la entidad demandada a pagar por concepto de daños y perjuicios, la suma de treinta millones de pesos ($30.000.000.oo), equivalente al producido de doce (12) viajes que podría realizar la Motonave Corozal durante los seis meses en que habría de permanecer sin efectuar labores de pesca, debidamente actualizada de acuerdo con la variación porcentual del índice de precios al consumidor, desde el día de la sanción impuesta hasta su efectivo cumplimiento, junto con los intereses comerciales mensuales causados desde la fecha de la imposición de la sanción y hasta su debido cumplimiento.

b.- Los actos acusados

Son los siguientes:

1o.- La Resolución No. 000177 de 24 de marzo de 1993, mediante la cual se sanciona al Capitán de la Motonave Corozal solidariamente con su armador, imponiéndoseles las siguientes sanciones:

a.- Multa equivalente a seis mil (6.000) salarios mínimos legales diarios, esto es, dieciseis millones trescientos dos mil pesos m/cte. ($16.302.000.oo).

b.- Suspensión provisional por el término de seis (6) meses del certificado de patente de pesca No. 164/92 a la Motonave Corozal, de bandera colombiana y matrícula No. CP-9-00-3A, tiempo durante el cual no podrá realizar operaciones de pesca.

c.- Autorización al Capitán del Puerto de Coveñas para que se abstenga de dar autorización de zarpe a la Motonave Corozal.

2o. La Resolución No. 000311 de 14 de mayo de 1993, mediante la cual se rechazó el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución primeramente citada.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 4 a 7):

1o. De orden constitucional: artículos 2, 29, 53, 58 y 90.

2o. De orden legal; artículos 55 de la ley 13 de 15 de enero de 1990; 162, 163, 164 y 172 del Decreto Reglamentario 2256 de 4 de octubre de 1991; 16 numeral 6o., y 27 numeral 4o. del decreto 1477 de 1991; y 20 numeral 8o., 25, 26, 27, 35, 76 y 84 del decreto 2324 de 18 de septiembre de 1984.

Dentro del acápite "concepto de la violación", la accionante aduce como cargos de violación los siguientes:

Primer cargo.- El Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura -INPA- procedió de manera irregular en la actuación administrativa adelantada contra la demandante violando su derecgo de defensa, por cuanto no llamó a declarar a la tripulación de la Motonave Corozal, quienes en su calidad de testigos hubieran podido respaldar lo expresado por el Capitán acerca de la posición real de la citada embarcación.

De otra parte, con la sola consulta de la Carta de Navegación No. 24512, no puede la demandada por sí y ante sí, determinar que la Motonave Corozal estaba en zona de exclusión para pesca industrial ya que por fuera del límite señalado como válido, se pueden encontrar profundidades menores a los 25 metros.

Al ente público le corresponde la carga de la prueba y por ello con pruebas mas fechacientes le correspondía declarar que la demandante violó normas de la legislación pesquera.

Segundo cargo.- Lo que originó la queja fue un siniestro marítimo. De acuerdo con el numeral 27 del artículo 5o. del decreto 2324 de 1984, corresponde a la Dirección General Marítima y Portuaria adelantar y fallar las investigaciones por siniestros marítimos. Por su parte, los artículos 25, 26, 27, 35 y 36 del mismo cuerpo normativo establecen, respectivamente, el procedimiento, la definición del siniestro marítimo, la competencia y el desarrollo de la investigación.

En consecuencia, el INPA se arrogó funciones que no le competían e inició y desarrolló una investigación que le cosrrespondía a la DIMAR.

Tercer cargo.- El artículo 172 del decreto reglamentario 2256 de 1991 por el cual se expide el Estatuto nacional de Pesca, establece que la infracciones a la pesca marina serán investigadas y sancionadas por el INPA, teniendo en cuenta las diligencias preliminares que adelante la DIMAR.

En el expediente administrativo que contiene la investigación iniciada por el INPA contra Pestolú S.A., dichas diligencias preliminares brillan por su ausencia, desconociendo por tanto la demandada este fundamental y elemental paso previo de carácter procesal.

Cuarto cargo.- La resolución No. 000311 de 14 de mayo de 1993 rechazó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución sancionataria, por no haberse anexado la póliza de garantía exigida en el artículo 52 del C.C.A., cuando dicho requisito debe cumplirse si el particular reconoce deber suma de dinero alguna. En este caso el recurrente no reconoció deber la multa que se le impuso, sinpo que por el contrario, dejó constancia de su inconformidad sobre tal determinación.

d.- **Las razones de la defensa**

El Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura -INPA- en la contestación de la demanda expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 161 a 172 del Cdno. Ppal.):

En primer término propone la excepción de caducidad, toda vez que la Resolución No. 000177 quedó en firme el 14 de mayo de 1993, debiendo por tanto contarse a partir de dicha fecha el término de caducidad. Como quiera que la demanda fue presentada el 25 de octubre de 1993, habiendo vencido el término el 14 de septiembre del mismo año, la acción se encuentra caducada.

Sobre el fondo del asunto argumenta que el INDERENA expidió las Resoluciones Nos. 726 de 31 de mayo de 1974, 562 de 10 de marzo de 1981 y 709 de 30 de marzo de 1981, mediante las cuales prohibió la pesca de arrastre en el Golfo de Morrosquillo.

La Ley 13 de 1990 (artículo 3o.) declaró la actividad pesquera como utilidad pública e interés social, le dio vida jurídica al Instituto Nacional de Pesca y Agricultura INPA- (artículo 11) y estableció los medios para la protección del recurso natural y para asegurar la subsistencia del pescador artesanal (numerales 8o., 11 y 14 del artículo 13).

Dentro del anterior marco jurídico, el INPA está obligado a sancionar a las personas que en una u otra forma violen las prohibiciones contenidas en el Estatuto General de Pesca y las disposiciones que con anterioridad fueron dictadas por el INDERENA, que a la fecha se encuentran vigentes. En ejercicio de esta potestad legal, la gerencia del INPA procedió a ordenar una investigación rigurosa, con el fin de determinar las presuntas irregularidades en que habían reincidido la Motonave Corozal de propiedad de la demandante.

El Estatuto Pesquero contenido en la Ley 13 de 1990 en el numeral 3o. de su artículo 54, contempla la violación en que se halla incursa la actora, cual es la de extraer recurso declarado en veda o de áreas reservadas. Las áreas de reserva fueron definidas en el artículo 120 del Decreto 2556 de 1991.

Respecto de la falta de competencia del INPA para conocer de los hechos objeto de la denuncia, debe aclararse que dicha entidad en ningún momento adelantó

investigación administrativa por la colisión entre la motonave y la chalupa, pues carece de competencia para ello, sino que su investigación tuvo por objeto determinar la responsabilidad de la embarcación Corozal, por los hechos imputados en las peticiones del pescador artesanal José Dolores Barragán y del Comité de Pescadores Artesanales del Golfo de Morrosquillo, los cuales tipifican la violación de la norma que prohibe ejercer faenas de pesca de arrastre dentro de dicha zona.

Si bien es cierto que el artículo 172 del decreto 2256 de 1991 establece que las infracciones a la pesca marina serán investigadas y sancionadas por el INPA teniendo en cuenta las diligencias preliminares adelantadas por la DIMAR, éste no es un requisito sine qua non para dar inicio al procedimiento investigativo que por obligación debe adelantar la entidad demandada.

Para dar inicio al trámite administrativo previsto en la ley, eran suficientes la petición del pescador afectado y la del Comité de Pescadores Artesanales, mas aún cuando la nave comprometida en los hechos había sido objeto de sanción anterior (Resolución No. 608 de 18 de septiembre de 1992).

En desarrollo del procedimiento administrativo se decretaron las pruebas que se consideraron conducentes y necesarias para el esclaracimiento de los hechos, dentro de las cuales caben destacarse la declaración del señor José Dolores Barragán, quién ratificó su denuncio y reafirmó la presencia de la Motonave Corozal en el Golfo de Morrosquillo en faenas de pesca. Igualmente los testimonios de Rafael Tous Moreno e Ignacio Julio Barón coinciden en dicha versión. El Capitán de la Embarcación John Jairo Vitola, reconoce su responsabilidad sobre los daños causados en la chalupa, pero alega que se encontraba realizando faenas de pesca fuera del Golfo.

Para determinar el sitio preciso en el cual se desarrollaron los hechos, se recurrió a la carta de navegación, tomando como base, entre otras, la información suministrada por dos de los testigos, los cuales coinciden en que se encontraban aproximadamente a 4 millas de la costa, donde el suelo tiene una profundidad de 20 metros, de lo cual se desprende que la Motonave Corozal nuevamente violó la prohibición de realizar pesca de arrastre en el Golfo.

El acervo probatorio enunciado se constituye en suficiente elemento de juicio para que se expidiera la resolución cuestionada que impuso la sanción, sin que pueda decirse que se violó el derecho de defensa, ya que tanto el Capitán de la embarcación como el armador rindieron sus decalaraciones libres de todo apremio y tuvieron la oportunidad de allegar las pruebas que en su criterio desvirtuaban los hechos imputados, cuestión que no se dio.

Finalmente, frente al rechazo del recurso de reposición, debe aclararse que el recurrente manifestó su inconformidad con la resolución sancionataria, pero en ningún momento hizo referencia al monto de la multa impuesta, sino que afirma que con dicho recurso aportaba la póliza para el cumplimiento de los requisitos del C.C.A., sin que ello haya sido cierto.

e. **La actuación surtida.-**

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 1o. de diciembre de 1993 se admitió la demanda (fl. 94 del Cdno. Ppal.):

Mediante proveído de 20 de abril de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl.227 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 23 de noviembre de 1994 (fl. 259 del Cdno. Ppal.). se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandante (fl.261 del Cdno. Ppal.) y el señor Agente del Ministerio Público (fls.264 a 268 del Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls.297 a 304 del Cdno. Ppal.):

No prospera la excepción de caducidad, toda vez que de conformidad con la constancia de notificación que aparece en el expediente (fl. 25 del Cdno, Ppal.), la resolución No. 000311 de 14 de mayo de 1993 fue notificada el 20 de julio del mismo año, luego la acción no se encontraba caducada al momento de su ejercicio.

Frente al fondo del asunto el a quo señala que según jurisprudencia del Consejo del Estado, en tratándose de actos administrativos se debe presumir que los acusados se ajustan a las normas señaladas como infringidas. De tal manera que es al actor a quién corresponde entrar a demostrar las inexactitudes fácticas de aquellos.

El demandante ha debido probar que el barco no ejercía faenas de pesca y que la embarcación no se encontraba en área vedada para la pesca de arrastre, de conformidad con las resoluciones del INDERENA.

En el expediente existen abundantes pruebas que indican que la empresa sancionada reiterativamente ha venido incurriendo en conductas atentatorias de los recursos hidrobiológicos y realizando actividades de pesca en contravención no solo a las especificaciones de permiso otorgado, sino a las normas de preservación del medio ambiente.

No queda duda que la Motonave Corozal se encontraba realizando faenas de pesca en el lugar del accidente, no solo teniendo en cuenta los testimonios de los pescadores afectados, sino la declaración del Capitán Jhon Jairo Vitola: "Nosotros calamos a las seis de la tarde y levantamos a las diez de la noche y el problema con el fue en él primer lance" (fl.52 del Cdno. Ppal.).

Existen diversos medios de convicción que comprometen la responsabilidad de la empresa:

A.- Los antecedentes que prueban que la misma embarcación había sido sorprendida por funcionarios del INPA ejerciendo operaciones de pesca de arrastre dentro del área delimitada para la pesca costera.

B.- Las declaraciones de Barragán, Tous y Julio quienes iban en la chalupa al momento del accidente, señalan que cuando sucedieron los hechos se encontraban aproximadamente a 4 millas naúticas y que desde allí se veían las luces del Tolú, lo que indica que el sitio de la colisión se encontraba dentro del área vedada para la pesca de arrastre.

C.- El mismo Capitán del barco dice que "estábamos pescando a 25 metros de profundidad en la línea que demarca el Golfo" (fl. 62 del Cdno. Ppal.). Si se toma dicha medida y se compara con la Carta de Navegación 24512 USA (fl. 87 ibídem), resulta que esa zona de 25 metros corresponde al beril de las 14 brazas, lo cual ubica a la embarcación en la zona vedada.

D.- Los aparejos de pesca utilizados (transmallos) constituyen de por sí prueba de que los pescadores afectados se dedicaban a labores de pesca de superficie. Además, el tipo de su embarcación (chalupa) obliga por lo general al pescador a permanecer dentro del Golfo por razones de seguridad personal.

E.- El hecho de que el suelo del Golfo de Morrosquillo no sea uniforme, no es prueba suficiente para demostrar que la embarcación no se encontraba en la zona de pesca artesanal. La declaración del Capitán sobre el hecho de que la ecosonda del barco marcaba una profundidad de 25 metros constituye un indicio grave de que ésta realizaba faenas de pesca, pues según la carta de navegación, tal profundidad se encuentra dentro del área restringida.

De otra parte, dependiendo de las circunstancias específicas del caso, un siniestro marítimo puede dar lugar a diversas investigaciones de orden administrativo, sin que pueda alegarse que son excluyentes entre sí, ya que el objeto varía de la una a la otra. En efecto, si una embarcación pesquera provoca un siniestro marítimo en una zona de veda para la realización de sus actividades, la investigación será de competencia exclusiva de la DIMAR, al paso que la investigación por la violación a la legislación ambiental, será asumida por la autoridad encargada de la administración, manejo y protección del recurso pesquero, que en este caso es el INPA.

Cabe observar que la competencia en la investigación y sanción a las infracciones a la pesca marina es del INPA (decreto 2256 de 1991) y el hecho de que la DIMAR tenga facultad para adelantar "diligencias preliminares", no significa que el INPA no pueda desde un comienzo abocar directamente la investigación y llevarla a término. Esta norma tiene un sentido práctico y es el de aprovechar la infraestructura de la DIMAR al inicio

de la averiguación, para no perder en altamar las pruebas de valia para el esclarecimiento de los hechos.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En la sustentación del recurso de apelación, la recurrente fundamenta su desacuerdo con la sentencia de primera instancia en las razones que bajo la forma de cargos se sintetizan a continuación (fls. 306 a 311 del Cdno. Ppal.):

Primer cargo.- El artículo 174 del C. de P.C. aplicable por mandato del artículo 237 del C.C.A., establece que toda desición judicial debe ser fundamentada en las pruebas allegadas regular y oportunamente al proceso.

A su turno, el artículo 187 *ibídem* estatuye que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con la sana práctica.

La sentencia recurrida analizó las pruebas recaudadas en forma parcial, aislada y sin concatenarlas desconociendo las normas citadas.

En efecto, cita lo dicho por el Capitán de la embarcación: "Nosotros calamos a las seis de la tarde y levantamos a las diez de la noche y el problema con él fue en el primer lance", sin que se detenga a examinar el alcance de dichas palabras. A pesar de que este mismo declarante aduce que se encontraban fuera del área de reserva para pesca artesanal cuando estaba pescando, la sentencia afirma falsamente que el Capitán Vitola estaba en faena de pesca dentro de la zona restringida.

Los testimonios de los pescadores Barragán, Lous y julio son sospechosos al tenor del artículo 217 del C. de P.C. por tener interés directo en los resultados del proceso y manifiesto desso de que se sancione a los ocupantes de la Motonave Corozal y a la Empresa Pestolú S.A.

La ignorancia de los testigos tildados como "contestes entre sí", más que otorgar credibilidad, denota que aprendieron tan bien la lección, que repiten en forma igual y sin razón de su dicho algunas cosas y respecto de otras se contradicen, como cuando se refieren a la profundidad del suelo del lugar donde se encontraban al momento del accidente: Lous manifiesta que la profundidad era de 38 metros (fl. 55 del Cdno. Ppal.), mientras que Julio Barón manifiesta que era de 20 metros (fl. 57 *ibídem*). Ambos testigos afirman que el accidente ocurrió a las 6:45 p.m., mientras que Barragán manifiesta que fue a las 7:45 p.m.

Segundo cargo: No se desconoce la presunción de los argumentos jurídicos del Tribunal sobre legalidad de los actos administrativos, pero la sentencia apelada quizás por el análisis "raquítico" probatorio que la misma hace, desconoció que la resolución No. 000177 de 1993 está falsamente motivada, pues en la primera consideración se establece, con base en la declaración de Barragán, que la Motonave Corozal se encontraba realizando faenas de pesca a 20 metros de profundidad y se afirma además que los cargos

denunciados se encuentran respaldados por los testimonios de Tous y Julio Barón, quienes como ya se dijo, afirmaron que se encontraban al momento de la colisión a 38 metros de profundidad. Esto y el hecho de que los testimonios se contradicen en la hora de ocurrencia del accidente, no constituye falsa motivación?.

Con la Inspección Judicial y con la declaración de Sebastián Díaz Julio (fl. 114 y ss. del Cdno. de Pruebas) se demuestra que la topografía del Golfo de Morrosquillo es irregular, luego resulta imposible establecer, con base en la profundidad, la ubicación del lugar donde ocurrió el accidente y donde presuntamente se realizaban faenas de pesca. No era por tanto dable sancionar al demandante bajo el argumento de que "...la profundidad de 25 mts, corresponde al beril de las 14 brazas, zona esta que se halla dentro del área del Golfo de Morrosquillo", máxime cuando el único que señala tal profundidad es el Capitán del barco, de quien se rechaza el resto de su declaración, cuando la confesión es indivisible.

La consideración plasmada en el literal D de la sentencia es subjetiva, sin compadecerse de la realidad procesal, pues esta última conduce a que la profundidad del Mar Caribe varía indistintamente a su distancia con la costa.

Tercer cargo.- El fallo escinde gravemente la norma legal sobre la competencia para investigar infracciones a la legislación de pesca y siniestros marítimos, al estimar que aquellas las asume el INPA y éstas la DIMAR. Es una apreciación errada del Tribunal, toda vez que el artículo 172 del decreto 2256 de 1991 establece que las infracciones a la pesca marina serán investigadas y sancionadas por el INPA teniendo en cuenta las diligencias preliminares de la DIMAR. En consecuencia, se violó el debido proceso.

Cuarto cargo.- Del contexto del escrito que originó la sanción, se desprende que lo denunciado es un siniestro marítimo y no la violación de la legislación de pesca, luego la competencia no era del INPA sino de la DIMAR, quién debió conocer de la misma en aplicación del decreto 2324 de 1984, norma que no puede ser desconocida por entidades fiscalizadoras (INPA) o por las corporaciones juzgadoras.

IV.- LA IMPUGNACIÓN DEL RECURSO

Vencido el término de traslado a las partes para alegar de conclusión la entidad demandada presentó escrito que obra a folios 17 a 21 del Cdno. No. 2.

V.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Novena Delegada ante esta Corporación, considera que sí hubo análisis inteligente y crítico de las pruebas en su conjunto. El por qué se le da crédito a los testimonios de los pescadores y se tienen en cuenta indicios que respaldan sus afirmaciones, está consignado en el fallo.

La actora insiste en que no se encontraba en el área prohibida pero no logra demostrar la verdad de su afirmación. Es impropio entonces el cargo relativo a la falsa motivación.

La Ley 13 de 1990 por la cual se dicta el Estatuto General de Pesca, creó el Instituto Nacional de Pesca y Acuicultura INPA, con funciones detalladas en su artículo 13, dentro de las cuales merecen destacarse las contempladas en los ordinales 5, 6, 7, 8, 14 y 19 de dicha norma. El artículo 55 *ibídem* señala las sanciones que deben aplicar a las personas que infrijan las disposiciones de la ley y demás normas legales y reglamentarias sobre la materia. Entre tales sanciones están contempladas la multa por infracción a las disposiciones sobre pesca marina y la suspensión temporal del permiso, autorización, concesión o patente, según el caso.

Mediante las Resoluciones Nos. 0726 de 31 de mayo de 1974 y 0709 de 30 de marzo de 1981, el INDERENA prohibió la pesca de arrastre en la zona del litoral Atlántico, denominada Golfo de Morrosquillo, es decir, que el hecho por el cual se sancionó a la actora, estaba previamente prohibido.

El INPA tenía competencia para conocer de la denuncia y adelantar la investigación, siendo los elementos de juicio recogidos suficientes para resolver en la forma como se hizo, sin necesidad de acudir a otras ayudas técnicas que sólo se hubieran traducido en demora por trámites innecesarios.

Por lo anterior, estima que la sentencia debe ser confirmada.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Frente al primer cargo: La parte actora considera que las pruebas no fueron valoradas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Al respecto, la Sala estima que no le asiste razón a la recurrente, toda vez que en el fallo apelado el a quo tuvo en cuenta los testimonios rendidos por quienes iban a la chalupa que colisionó con la Motonave Corozal, es decir, por los testigos presenciales de los hechos.

Se aduce que el Tribunal para concluir que la Motonave Corozal se encontraba pescando, cita lo dicho por el Capitán del barco: "Nosotros calamos a las seis de la tarde y levantamos a las diez de la noche y el problema con él fue en el primer lance", sin que se detenga a examinar el significado del vocablo lance, para lo cual el recurrente trae la definición contenida en el Diccionario Pequeño Larousse, observando esta Corporación que omite precisamente el ejemplo que allí se consigna: "Lance, acción y efecto de lanzar, de arrojar: **el lance de la red...**" Si a lo que se refería el Capitán de la embarcación no era al lance de la red, el apelante debió aclarar entonces qué significado le dio aquél y no simplemente limitarse a decir que tal vocablo tiene distintas acepciones.

En cuanto a que los testimonios de los pescadores Barragán, Tous y Julio son sospechosos al tenor del artículo 217 del C. de P.C., por cuanto es obvio el interés que éstos tienen en que sancione tanto a los ocupantes de la Motonave como a la Empresa Pestolú S.A., la Sala encuentra que si bien es cierto puede decirse que dichos pescadores

tienen interés en que no se desconozca que la zona donde ocurrió el accidente es área vedada para la pesca industrial, también lo es que no por ello pueden calificarse de sospechosos, máxime cuando en su oportunidad no fueron tachados de tales. Además, debe tenerse en cuenta que los perjuicios económicos al propietario de la chalupa le fueron reconocidos por el Capitán de la embarcación (fls. 49 y 62), lo cual es un indicio de que los mencionados pescadores solo tienen interés en que se cumplan las normas sobre pesca y no ningún tipo de animadversión u otro tipo de sentimiento que pueda afectar su credibilidad.

Acerca de la apreciación del impugnante de que los testimonios rendidos son contradictorios entre sí en cuanto a la hora y la profundidad del suelo del lugar en que se encontraban al momento del accidente, la Sala estima que si bien es cierto existen diferencias al respecto, no lo es menos que es apenas lógico que éstas se presenten dadas las características de la chalupa donde venían los testigos, toda vez que es un tipo de embarcación pequeña que carece de los elementos técnicos necesarios para determinar con exactitud la profundidad, la distancia, etc. Sin embargo, no debe desconocerse que todos los testigos coinciden en afirmar que la zona donde ocurrió el accidente es área vedada para la pesca industrial y que el barco de Pestolú se encontraba pescando en dicha zona, reiterando la Sala que no se encuentran motivos para considerar que las tantas veces citados pescadores tengan interés en perjudicar a la empresa pesquera.

Por las razones expuestas el cargo no prospera.

Frente al segundo cargo: Estima el recurrente que la contradicción de los testigos respecto de la profundidad y de la hora del siniestro, trae como consecuencia que la resolución se encuentre falsamente motivada.

Agrega que con la inspección judicial y la declaración de Sebastián Díaz Julio (fls. 114 y ss. del Cdno. de Pruebas), se demuestra que la topografía del Golfo de Morrosquillo es irregular y que por lo tanto es imposible establecer, con base en la profundidad, la ubicación del lugar del accidente, señalando además que el único que señala como profundidad 25 metros (profundidad que se acoge en la resolución acusada), es el Capitán de la embarcación, de quien se rechaza el resto de su declaración.

Sobre el particular, la Sala insiste en que los testimonios de los pescadores son merecedores de credibilidad; además, el mismo Capitán reconoce haber estado pescando a 25 metros de profundidad (fl. 62 del Cdno. Ppal.) y de acuerdo con la Carta de Navegación No. 24.512, dicha profundidad corresponde al beril de las 14 brazas, zona ésta que se halla dentro del Golfo de Morrosquillo. De otra parte, no encuentra esta Corporación por qué ha de desestimarse lo dicho por el Capitán en tal sentido, cuando éste se encuentra implicado en la investigación.

Ahora bien, en el informe técnico pericial solicitado como prueba (fl. 70 del Cdno. de Pruebas) se dice:

> "LO ANTERIOR NOS PERMITE CONCLUIR QUE LA ZONA, DE PESCA ARTESANAL COMPRENDE EL ÁREA TOTAL DEL GOLFO DE MORROSQUILLO Y DE LAS ISLAS DE SAN BERNARDO AMPLIADA EN CINCO (5) MILLAS HACIA EL NORTE, POR LO TANTO LOS PUNTOS INSPECCIONADOS SE ENCUENTRAN DENTRO DE LOS LÍMITES DEL GOLFO Y EN EL CUAL ESTÁ PROHIBIDA LA PESCA DE ARRASTRE".

La apelante se ha limitado en su recurso a afirmar que no es cierto que al momento del accidente se hubiese encontrado pescando en una zona prohibida para la pesca de arrastre, arguyendo para el efecto la irregularidad del suelo del Golfo de Morrosquillo, circunstancia como bien lo anota el fallador de primera instancia, no es prueba suficiente para demostrar que la embarcación no se encontraba en la zona de pesca artesanal.

Las razones expuestas llevan también a desestimar el anterior cargo.

Frente al tercer cargo: Violación al debido proceso, por no haber intervenido la DIMAR en las diligencias preliminares, tal y como lo establece el artículo 172 del decreto 2256 de 1991.

Si bien es cierto como lo afirma la empresa apelante que el DIMAR no llevó a cabo diligencias preliminares debe aclararse que una cosa es que no se tengan en cuenta las diligencias llevadas a cabo, y otra muy distinta que por no exitir éstas, se entienda deconocido el debido proceso. En el asunto que nos ocupa, a la Empresa Colombiana Pesquera de Tolú se le inició formal investigación administrativa a raíz de la denuncia presentada por el propietario de la chalupa colisionada y del Comité de Pescadores Artesanales, investigación de la cual tuvo crecimiento la demandada, habiéndosele respetado su derecho de defensa, toda vez que tuvo oportunidad de presentar las pruebas tendientes a desvirtuar los hechos endilgados, cuestión que no logró hacer ni en la etapa administrativa ni en esta etapa judicial.

En consecuencia, este cargo no prospera.

Frente al cuarto cargo: Lo denunciado fue un siniestro marítimo y no una violación a la legislación pesquera, razón por la cual la entidad competente era la DIMAR y no el INPA.

Para la Sala el anterior cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que quedó claramente demostrada que la Motonave Corozal de propiedad de la empresa demandante se hallaba pescando en zona reservada para la pesca artesanal. Las denuncias presentadas por el directamente afectado con la colisión y por el Comité de Pescadores Artesanales, evidencian la preocupación que les ocasiona el que el área de pesca para ellos reservada, esté siendo utilizada para la pesca de arrastre.

En efecto, a folio 34 del Cdno. Ppal., obra la denuncia del señor Barragán donde se lee:

> "Rogamos encarecidamente a usted, tome los correctivos del caso y se hagan respetar nuestros derechos como pescadores artesanales sobre el Golfo de

Morrosquillo".

A su turno, a folio 36 *ibídem,* se encuentra la denuncia del Comité al que se aludió en precedencia:

> "El Comité de Pescadores COPESAR, hace denuncia pública contra la Empresa Colombiana de Pesca (PESTOLÚ) con sede en este municipio y sus M/N, de pesca industrial, en especial la Corozal por la continua pesca dentro del Golfo de Morrosquillo...".

La conducta por la cual fue sancionada la empresa accionante, esto es, pescar en un área de reserva, se encuentra dentro de la competencia atribuída al INPA, tal y como se expresa en la resolución No. 000177 de 1993 expedida con base en las facultades a él conferidas a través de la ley 13 de 1990 "Por la cual se dicta el Estatuto General de Pesca", particularmente en su artículo 55 en concordancia con el artículo 162 del decreto No. 2256 de 1991, los cuales rezan respectivamente:

> "Artículo 55. Las personas naturales o jurídicas que infrinjan las disposiciones establecidas en la presente ley y demás normas legales y reglamentarias sobre la materia, se harán acreedores, según la gravedad de la infracción, a una o más de las siguientes sanciones que aplicará el INPA sin perjuicio de las sanciones penales y demás a que hubiere lugar:
>
> 1. Conminación por escrito.
>
> 2. Multa.
>
> 3. Suspensión temporal del permiso, autorización, concesión o patente, según sea el caso.
>
> 4. ...
>
> El Capitán de la nave, el armador y los titulares del permiso de pesca, serán responsables solidarios de las sanciones económicas que se impusieren...".
>
> "Artículo 162. Las infracciones a las normas sobre la actividad pesquera en todas sus fases y modalidades, dará lugar a la imposición de las sanciones previstas en el artículo 55 de la ley 13 de 1990".

A su turno, las áreas de reserva fueron definidas en el artículo 120 del decreto 2256 de 1991:

"Igualmente se denomina área de reserva la zona geográfica seleccionada en la cual se prohibe o se condiciona la explotación de determinada especies".

El artículo 54 numeral 3o. de la ley 13 de 1990, prescribe:

> "Está prohibido:
>
> 1. ...

3. Extraer recursos declarados en veda o de áreas reservadas...".

En concordancia con lo anterior, la Resolución No. 709 de 30 de marzo de 1981 originaria del INDERENA, amplió el área de prohibición para la pesca de arrastre en el Golfo de Morrosquillo sobre el denominado Archipiélago de San Bernardo (Islas Pamangles, Caican, Múcura, Tatipán y Panda) comprendiendo el rectángulo ABCD cuyos extremos poseen las coordenadas que en dicha resolución se señalan.

En conclusión, Pestolú no logró demostrar que los hechos por los cuales se le sancionó no fueron por ella cometidos, razón por la cual la presunción de legalidad de los actos acusados sigue incólume.

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

FALLA:

Primero.- CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación por el Tribunal Administrativo de Sucre el 2 de marzo de 1995.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia, fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha once de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

BANCO POPULAR-Venta/PRIVATIZACIÓN BANCO POPULAR/VENTA DE DEMOCRATIZACIÓN A EXTRANJEROS/DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD ESTATAL/PROPIEDAD ACCIONARIA/DERECHO PREFERENCIAL

En cuanto a que las personas extranjeras no deben participar en el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, debe dejarse en claro que con su participación no se está desconociendo el artículo 60 de la Carta Política. Ello porque el artículo 3o., numeral 2 del acto acusado permita su acceso, en la medida en que los beneficiarios preferenciales a que alude la norma constitucional tantas veces citada, no hayan adquirido dicha propiedad. Además, el artículo 100 en armonía con el artículo 13 de la Constitución Nacional, establece que los extranjeros gozarán de los mismos derechos y garantías civiles concedidos a los nacionales, con las limitaciones establecidas por la Constitución y la Ley. La limitación impuesta en el numeral 1 literal b) del artículo 6o. del Decreto 814 de 1994, tiene su razón de ser en la finalidad misma del artículo 60 de la Carta Política, cual es democratizar la propiedad accionaria estatal, permitiendo con dicho límite que un mayor número de los beneficiarios preferenciales puedan acceder a ella. De no ser adquirido el total de las acciones por los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, es apenas lógico que éstas puedan pasar a ser propiedad de otra(s) persona(s), siempre y cuando cumpla(n) con la autorización que para tal efecto debe otorgar la Superintendencia Bancaria de conformidad con el artículo 305 del Decreto 663 de 1993 y con los requisitos establecidos en el correspondiente Decreto de aprobación del programa de venta. De allí que a éstos no se les imponga límite en el número de acciones a adquirir, pero téngase en cuenta que solamente podrán acceder

a la propiedad accionaria estatal, en la medida en que los sujetos a que se contrae el artículo 60 no hagan uso de su derecho preferencial.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciséis (16) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 2958. Autoridades nacionales. Actor: Luis Xavier Sorela.

El ciudadano Luis Xavier Sorela, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó de esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 1o., 3o., 4o. numeral 2; 6o. numeral 1 literal b); 10o. numeral 4; 11 y 12 inciso 1, numerales 1 y 2 del Decreto No. 814 de 24 de abril de 1994, "Por el cual se aprueba el programa de venta de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular", expedido por el Gobierno Nacional.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Cita el actor como infringidos por el acto acusado el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 4o., 5o., 13, 58, 60 y 333 de la Constitución Política.

Hace consistir así el concepto de la violación:

El procedimiento adoptado por el ejecutivo para privatizar el Banco Popular atenta contra el preámbulo y los artículos 1o., 2o., 4o., 5o. y 13 de la Carta Magna, al permitirle a sociedades que bajo ninguna circunstancia podrían beneficiarse con el tratamiento preferencial previsto en el artículo 60 de la Constitución, acceder a la propiedad de dicha entidad financiera.

Tanto el artículo 1o. como el numeral 1 del artículo 3o. y el literal b) del numeral 1 del artículo 6o. del acto acusado, violan flagrantemente el artículo 60 de la Constitución Política, al permitir que los Fondos de Cesantías y Pensiones y las personas naturales o jurídicas extranjeras, puedan adquirir las acciones en venta en las mismas condiciones privilegiadas consagradas en favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias.

El encabezamiento del artículo 60 que le ordena al Estado promover el acceso a la propiedad, tiene dos consecuencias: la primera, que quienes se pueden beneficiar de dicha propiedad son todos los habitantes de Colombia, sean nacionales o extranjeros, y la segunda, que ese estímulo debe realizarse en beneficio de todos los habitantes, en especial de los más desvalidos económicamente y no sólo de las organizaciones solidarias y de trabajadores.

En la segunda parte de la norma en comento, el Estado quiso favorecer –no discriminar– a la economía solidaria y a las organizaciones de trabajadores, previendo para ellos condiciones especiales para acceder a la propiedad accionaria.

Los propósitos del Estado colombiano consagrados en el preámbulo de la Carta Política no son simples enunciados de buenas intenciones y nobles ideales, sino mandatos categóricos que las autoridades y los habitantes deben acatar, buscando su plena y efectiva realización.

Las características del Estado colombiano, sintetizadas en el artículo 1o. ibídem, que lo define como un Estado social de derecho, se manifiestan mediante la consagración de principios constitucionales tales como los de solidaridad social, dignidad humana, justicia distributiva e igualdad.

Mal puede sostenerse que la búsqueda de un orden político, económico y social justo, se facilite consagrando los mecanismos que conduzcan a que los grandes conglomerados (nacionales y extranjeros), concentren aún más la propiedad al beneficiarse de las condiciones concebidas para auxiliar precisa y exclusivamente a los desfavorecidos.

La Corte Constitucional al declarar inexequible mediante la sentencia C-37/94 de 3 de febrero de 1994, el inciso 3 del artículo 306 y los incisos 1, 2, 3 y 4 y los parágrafos 1 y 2 del artículo 311 del Decreto Ley 663 de 1993, puso coto al evidente y desmedido afán del Gobierno Nacional de seguir estimulando y favoreciendo la concentración de la riqueza.

No pueden alcanzarse los fines de la democratización –que es una especie de género conocido como privatización–, cuando, mediante el numeral 2 del artículo 4o., el numeral 4 del artículo 10o., el artículo 11 y los numerales 1 y 2 del artículo 12 del acto acusado, el ejecutivo reglamenta el procedimiento a seguir para la venta de aquellas acciones del Banco Popular que no sean adquiridas por las organizaciones solidarias, de trabajadores, y por quienes pretenden hacerse pasar por tales.

El numeral 2 del artículo 4o. señala un precio base mínimo de $53.50 que deben ofrecer los interesados en participar en el martillo.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 10o., exige que las ofertas se presenten en sobre cerrado, favoreciendo ese procedimiento a quienes disponen de una mayor capacidad financiera, no sólo porque anticipando cuáles pueden ser sus utilidades mediatas o inmediatas están en condiciones de ofrecer un mayor precio que el definido como precio base, sino porque disponen de los medios económicos y técnicos necesarios para determinar el verdadero valor de las acciones en remate.

El artículo 11 ratifica que la venta se hará mediante el procedimiento de martillo simultáneo y el numeral 1 del artículo 12 corrobora la filosofía en la que se inspira el llamado programa de venta al disponer que "... las acciones se adjudicarán tomando en cuenta los precios, empezando por la oferta de compra que proponga el precio más alto por acción ...".

Lo anterior significa que contrario a lo que se dispone para las organizaciones solidarias y de trabajadores, a quienes sí se les imponen límites, se permite que una sola

persona natural o jurídica, nacional o extranjera, se quede con todas las acciones no adquiridas por aquéllas.

El mecanismo del remate, disfrazado de martillo, es el más antidemocrático y corrupto, pues favorece a quienes dispongan de los mayores recursos financieros para adquirir y concentrar la propiead y de los medios técnicos para obtener la información que no está al alcance de los demás.

LA ACTUACIÓN

Mediante proveído del 15 de julio de 1994, se admitió la demanda radicada bajo el número 2958 y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación –Ministerios de Gobierno, Relaciones Exteriores, Justicia, Hacienda y Crédito Público, Defensa, Agricultura, Desarrollo Económico, Minas y Energía, Educación, Medio Ambiente, Trabajo, Salud, Comunicaciones y Transporte.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. El Ministerio de Desarrollo Económico a través de apoderado contestó la demanda (folio 72), expresando que el Decreto 814 de 1994 fue expedido con base en las facultades otorgadas mediante el Decreto No. 663 de 1993, actual Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, el que a su vez por ser expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas mediante la Ley 35 de 1993, posee el carácter de un Decreto-ley, tal y como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencias Nos. C-037 y C-211 de 1994, dentro de los procesos en los que conoció de la constitucionalidad de las normas relativas al procedimiento de enajenación de entidades financieras.

De conformidad con el artículo 60 de la Carta Política la ley debe señalar unos principios mediante los cuales se logre el objetivo de democratizar la propiedad accionaria en cabeza del Estado, para lo cual debe hacer efectiva la preferencia que da la Constitución a los trabajadores y organizaciones solidarias y de trabajadores, mediante el otorgamiento de condiciones especiales que permitan su acceso a la propiedad.

En desarrollo de lo anterior, la ley (Decreto 663 de 1993) establece el procedimiento a seguir en el caso de enajenación de la participación estatal en entidades financieras o aseguradoras, asignando al Consejo de Ministros la competencia para determinar el precio mínimo y las condiciones especiales de acceso a la propiedad a las personas de que trata el artículo 60, según cada caso particular, procedimiento que se encuentra vigente.

El Decreto 814 de 1994 se expide dentro de estas facultades y para dichos propósitos, con estricta aplicación de los mandatos contenidos en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Con respecto a los cargos formulados en contra del artículo 1o. y el numeral 1 del artículo 3o. y numeral 1 literal b) del artículo 6o. del Decreto No. 814 de 1994, sostiene que el actor comete un error al afirmar que los mismos violan el artículo 60 de la Constitución Nacional, por cuanto se abstiene de analizar en conjunto las normas referentes a la materia del caso.

Las condiciones especiales en que se le deben ofrecer las acciones a los trabajadores y a las organizaciones solidarias, no se traduce en un derecho absoluto e ilimitado, ya que dichas condiciones deben atender a las realidades del mercado y propender hacia una efectiva democratización de la propiedad.

En cuanto a la inclusión de los Fondos de Cesantías y de Pensiones (artículo 3o. numeral 1 del acto acusado), se tiene que tampoco por ello se puede entender desconocido el artículo 60 de la Carta, ya que estas personas pueden ser objeto de la oferta de acuerdo al artículo 306 del Decreto No. 663 de 1993, pues de lo contrario se estaría atentando contra una verdadera democratización, máxime cuando dichos fondos están obligados a enajenar un porcentaje de sus acciones con el objeto de democratizar su propiedad.

Frente al desconocimiento de los artículos 13 y 60 de la Carta, aduce que el numeral 2 del artículo 3o. del Decreto demandado da el mismo tratamiento a las personas extranjeras y nacionales, dando así aplicación al artículo 13 y 100 de la Constitución Política.

Respecto de los artículos 4o. numeral 2, 10o. numeral 4, 11 y 12 numerales 1 y 2, señala que el precio mínimo de las acciones se fija ponderando ciertos elementos (rentabilidad de la institución financiera, valor comercial de sus activos y pasivos, apoyo de la Nación o Fogafín y las condiciones del mercado), lo que implica que aquél no se debe al capricho de un funcionario, ni al interés del legislador en concentrar la propiead en manos de unos cuantos.

De otra parte, no puede pensarse que para "los grandes conglomerados" se fije un valor mayor a cada acción, mientras que a los trabajadores se les fije un precio irrisorio o irreal, ya que se trataría de un subsidio no consagrado expresamente ni en la Constitución, ni en la Ley 35 de 1993, ni en el Decreto 663 del mismo año.

En lo referente a que el procedimiento de venta de las acciones se realizará mediante el sistema de martillo simultáneo en las bolsas de valores, es apenas lógico que al momento de decidir a quienes se van a vender las acciones, se escojan las personas que presenten las condiciones de adquisición más ventajosas.

Las instituciones financieras, algunas de ellas encargadas de captar, colocar y/o manejar dineros del público, así como de multiplicar la masa monetaria, no pueden quedar en manos de personas que no cuenten con la suficiente solidez, pues no puede ser política del Estado desprenderse de su participación en entidades financieras, sin antes verificar cuál es la mejor propuesta, la menos riesgosa y cuál garantiza hacia el futuro la estabilidad y permanencia de la entidad a enajenar.

El legislador en su intento de democratizar la propiedad accionaria del Estado ordenada en el artículo 60 de la Carta Política, consideró que el procedimiento del martillo a través de las bolsas de valores era la suficientemente idóneo para permitir la intervención del mayor número de personas posibles en el trámite de enajenación, en igualdad de oportunidades, tanto de postulación como de información. Además elmecanismo del martillo no es ajeno a la naturaleza de títulos valores que tienen las acciones y mucho menos a su condición de instrumentos negociables.

En consecuencia, el Decreto 814 de 1994 se aviene a las normas constitucionales y legales. Al respecto debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia No. C-211 de 28 de abril de 1994 declaró exequible el inciso 3o. del artículo 304 del Decreto 663 de 1993, afirmando que "... No viola entonces el inciso 3o. del artículo 304 del Decreto 663 de 1993, materia de impugnación, ninguna norma constitucional, pues los operativos o instrumentos necesarios para llevar a cabo la enajenación de la propiedad accionaria de carácter estatal, corresponde fijarlos al legislador, de acuerdo con el artículo 60 de la Carta, disposición que en este campo no le señaló pauta, directriz o condicionamiento alguno...".

2. El apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al contestar la demanda (folio 104), manifiesta que la demanda instaurada a más de perseguir la tutela del orden jurídico, que es el fin declarado del accionante, tiene como motivación y fin adicional el de restablecer automáticamente el derecho de quienes eventualmente pudieran haber sido perjudicados dentro del proceso de enajenación del Banco Popular, no siendo suficiente la acción de nulidad para el propósito, sino que éste requiere para realizarse que se acredite el interés que le asiste a la parte actora. De lo anterior resulta que la vía procesal escogida no es idónea para lo pretendido por el accionante, configurándose una causal de nulidad de conformidad con el artículo 165 del C.C.A., en armonía con el numeral 4 del artículo 140 del Decreto 2282 de 1989.

Frente al artículo 1o. del acto acusado expresa que el mismo se limita a aprobar el programa de venta de las acciones y que dado el artículo 304 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero dispone que corresponde al Consejo de Ministros aprobar o improbar el programa de venta presentado por Fogafín, es claro que esta forma tiene clara base legal. Agrega que auncuando el programa en sí mismo fuera ilegal, su aprobación no lo es, puesto que constituye el ejercicio de una función prevista en la ley.

En cuanto a los Fondos de Cesantías y Pensiones, señala que la misma Corte ha considerado que ellos son beneficiarios del tratamiento preferencial, al manejarse en ellos cuentas individuales de los afiliados quienes se benefician de los rendimientos financieros devengados sobre las inversiones efectuadas por los mismos, la tacha de inconstitucionalidad del numeral 1 del artículo 3o. del Decreto acusado no tiene verosimilitud.

Respecto de la participación de los extranjeros en la compra de las acciones (numeral 2 del artículo 3o.), afirma que obviamente ella se refiere a los residentes en Colombia,

a menos que se trate de trabajadores pensionados. Añade que en la segunda ronda es conveniente dicha participación extranjera puesto que el capital de este origen permitirá al Estado relaizar estos activos a precios mejores que si hubiere alguna restricción en este sentido. No debe olvidarse además que la participación de extranjeros en el capital de las entidades financieras está permitida por la Resolución No. 51 del CONPES y sus reformas, con sujeción a condiciones que también se aplican en este caso.

Referente al artículo 4o., numeral 2, aduce que la fijación de un precio base para las acciones, aplicable a los trabajadores y sus organizaciones en la primera ronda, es claramente legal puesto que así lo prevé el inciso 3 del artículo 306 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Frente al artículo 10o. estima que la presentación de las ofertas en sobre cerrado es perfectamente legal, toda vez que el artículo 304 del Decreto 663 de 1993 prevé la fijación por el Consejo de Ministros de los procedimientos de enajenación, y éste es uno de ellos. No se comprende de dónde puede resultar la inconstitucionalidad, ni cómo este trámite puede beneficiar a algunos de los adquirentes.

El artículo 11 tampoco es inconstitucional por cuanto la enajenación de las acciones en la segunda ronda a través del sistema de martillo, está dispuesta en el inciso 3o. del artículo 304 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional.

Por último, la preferencia de los precios mayores en la segunda ronda, contenida en el artículo 12, es consecuencia directa del sistema de martillo, que como se demostró es legal. Es claro que el Estado no debe ofrecer condiciones favorables a compradores profesionales, como los que intervendrían en la segunda ronda si no se compran todas las acciones por los adquirentes en condiciones favorables.

ESCRITOS DE IMPUGNACIÓN

El ciudadano Jorge Humberto Botero Angulo (folio 68) impugna la demanda con base en las siguientes consideraciones:

Los Fondos de Pensiones y de Cesantías son patrimonios autónomos (artículo 159 Decreto 663 de 1993), diferentes a las respectivas sociedades administradoras que configuran propiedad colectiva de los trabajadores y por ende son organizaciones de trabajadores beneficiarias de la oferta preferencial por disposición del artículo 60 de la Carta Política.

Para demostrar que los Fondos de Cesantías son organizaciones de los trabajadores basta advertir que ellos se alimentan, fundamentalmente, de la prestación social así denominada. Además, son de naturaleza solidaria para los propósitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Nacional, pues son elementos fundamentales del denominado "Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad".

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia C-037 de 3 de febrero de 1994, dejó definido con fuerza de cosa juzgada que los Fondos de Pensiones y de Cesantías son titulares de las ofertas preferenciales de acciones a que se refiere el citado artículo 60.

Establecido que los Fondos de Pensiones y Cesantías son propiedad colectiva de los trabajadores afiliados, es indudable que la adquisición por ellos de acciones de entidades públicas conduce a su democratización, entendida ésta como el proceso conducente a que se produzca una amplia dispersión de la propiedad que sale del patrimonio estatal. En la actualidad el número de trabajadores afiliados a ambas modalidades de fondo es superior a 1.5 millones.

Por su parte, el ciudadano Guillermo Jiménez Montiel para impugnar la demanda de la referencia (folio 89), argumenta lo siguiente:

Precisa en primer lugar que el concepto de violación exigido por el numeral 4 del artículo 137 del C.C.A. no aparece sustentado en la demanda, pues no se da una aplicación de por qué y cómo las normas acusadas infringen las disposiciones constitucionales que se consideran transgredidas.

Adicionalmente, la demanda no tiene en cuenta las normas legales que fueron fundamento del Decreto 814 de 1994 y sobre las cuales la Corte Constitucional se pronunció en sentencias Nos. C-037 de 3 de febrero de 1994 y C-211 de 28 de abril del mismo año.

Para refutar el cargo referente al artículo 1o. del acto demandado afirma que basta tener en cuenta que la aprobación del programa de venta de las acciones del Banco Popular está autorizada expresamente por el artículo 304 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, que ordena que la enajenación de la participación accionaria de la Nación, una entidad descentralizada o el Fogasín, debe realizarse según el programa de enajenación que apruebe en cada caso el Consejo de Ministros. Dicha norma legal proviene de la Ley 35 de 1993, artículo 25, desarrollo expreso del mandato contenido en el artículo 60 de la Carta Política.

Frente al numeral 1 del artículo 3o. del Decreto 814 de 1994, aduce que si el artículo 60 implica, como lo dice el demandante, que todos los habitantes de Colombia pueden beneficiarse de la promoción de acceso a la propiedad, no se advierte por qué cuando los trabajadores se aglutinan en un patrimonio autónomo, administrado por un tercero, resulta constitucional que puedan comprar acciones estatales. El precepto constitucional invocado señala que tanto los trabajadores como sus organizaciones pueden adquirir acciones del Estado en condiciones especiales. Una de tales formas de organización es la prevista por la Ley 50 de 1990 y la Ley 100 de 1993, que autorizan la organización de Fondos de Pensiones y de Cesantías.

Además, la Corte Constitucional consideró que dichos fondos están comprendidos dentro de las personas a que se refiere el artículo 60 de la Constitución.

De otra parte, no es cierto que al autorizarse que las personas extranjeras puedan adquirir acciones se esté desconociendo la Constitución, pues el artículo 100 *ibídem* establece que los extranjeros disfrutarán en Colombia de los mismos derechos civiles y garantías que se conceden a los colombianos, aunque la ley puede limitarlas.

En cuanto al numeral 2 del artículo 4o. del Decreto 814 de 1994, se tiene que éste es desarrollo del artículo 306 del Decreto 663 de 1993, norma que proviene del inciso 4 del artículo 27 de la Ley 35 de 1993. Dicha norma prescribe que para los trabajadores y sus organizaciones se debe establecer un precio mínimo fijo y para los demás compradores el precio no puede ser inferior al mínimo, pero sí superior, lo cual se logra precisamente a través del martillo, en el cual los postores deciden libremente hasta dónde están dispuesto a pagar por las acciones.

La disposición del artículo 306 constituye una de las condiciones especiales creada por la ley a que se refiere el artículo 60 de la Constitución. No resulta entonces juzgar normas como la acusada frente a la Constitución, sin tener en cuenta que por mandato del artículo 60 de la misma, el legislador mediante la Ley 35 de 1993, incorporada al Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ha establecido las condiciones de precio en que tanto los trabajadores como sus organizaciones y los demás potenciales compradores de las acciones, pueden acceder a éstas.

Frente al cuestionamiento de la exigencia de que las ofertas se realicen en sobre cerrado (numeral 4 del artículo 10), afirma que así su finalidad sea obtener para el Estado condiciones de enajenación más ventajosas, lo cierto es que ninguna de las normas constitucionales consideradas por el demandante como violadas, impiden al Estado enajenar sus bienes a un precio más favorable, con mayor razón; cuando los ofrece a personas distintas de aquellas a quienes debe ofrecer condiciones especiales.

Respecto del contenido del numeral 1 del artículo 6o. del Decreto 814, señala que la limitación allí prevista para los trabajadores y sus organizaciones tiene sustento en el fallo de la Corte Constitucional de 3 de febrero de 1994, que advierte que no es concebible que un proceso de venta de la propiedad accionaria pueda dar lugar a manejos o conductas inadecuadas y abusivas por parte de aquellas personas a quienes la Constitución obliga a conceder condiciones especiales.

No es cierto que el acto acusado facilite que una sola persona diferente de las previstas en el artículo 60 de la Constitución Política adquiera la totalidad de las acciones de la Nación en el Banco Popular. Lo que el decreto facilita es que un conjunto amplio de trabajadores y organizaciones solidarias de trabajadores puedan adquirirlas, pues establece un precio mínimo fijo para ellos, crédito en condiciones preferenciales y posibilidad de adquirir la totalidad de las acciones.

Por último, afirma que la venta a través de martillo tiene su origen en el inciso 3 del artículo 304 del Decreto 663 de 1993, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación afirma que el Decreto impugnado fue expedido por el Presidente de la República con fundamento en la facultad conferida por los Decretos 130 de 1976 y 663 de 1993, parte duodécima, que se refiere al procedimiento de venta de acciones del Estado en instituciones financieras y entidades aseguradoras.

En consecuencia, el Gobierno sí estaba facultado para vender las acciones que la Nación posee en el Banco Popular, no siendo por tanto de recibo las razones expuestas para solicitar la nulidad del artículo 1o. del acto demandado.

Frente a la objeción del actor a los Fondos de Cesantías y Pensiones, se tiene que éstos se encuentran dentro del grupo de personas enumeradas taxativamente en el inciso 3 del artículo 306 del Decreto 663 de 1993, que si bien fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, fue recogido en el inciso 4o. *ibídem* que no fue declarado inexequible.

En cuanto a la opción de oferta para personas extranjeras, advierte que con ello no se quebranta el artículo 60 de la Constitución Política, porque lo allí ordenado se cumple con la oferta preferencial. Además el artículo 100 ibídem, enseña que los extranjeros gozarán en el territorio de la República de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley.

Respecto del precio fijo; de las ofertas presentadas en sobre cerrado; de la venta a través del martillo; y de las reglas para la adjudicación de acciones, afirma que el ejecutivo reglamenta el procedimiento para la venta de acciones a los terceros no favorecidos con el derecho preferencial, no pudiéndose desconocer que los sí favorecidos tuvieron la oportunidad legal en primera opción.

Finalmente, en cuanto al literal b) del numeral 1 del artículo 6o., señala que no se observa quebrantamiento de normas constitucionales cuando la norma indica que los grupos con derecho a preferencia tendrán acceso a las acciones hasta por un monto igual al límite máximo autorizado por las normas legales que regulan las actividades de tales entidades, ya que las normas superiores así lo prevén.

Estando el proceso para decidir, el Despacho observó que en el escrito de contestación de la demanda presentado apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se propuso la causal de nulidad prevista en el numeral 4 del artículo 140 del C. de P. C., por considerar que al proceso se le ha dado un trámite diferente al que le corresponde.

De dicha nulidad se dispuso correr traslado a las demás partes en el proceso, las que durante dicho término no hicieron manifestación alguna.

Mediante providencia de fecha mayor cinco del año en curso, el Despacho no accede a la nulidad propuesta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El actor, en la demanda cita como infringidos los artículos 1, 2, 4, 5, 13, 58 y 333 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no expresa el concepto de violación en relación con cada uno de ellos; porque, si bien es cierto en algunos apartes de su exposición menciona temas de algunas normas citadas como violadas, tales como el acceso a la propiedad, el preámbulo de la Carta Magna, el Estado social de derecho, el orden político, económico y social justo, los fines de democratización, lo hace para concluir en la supuesta violación del artículo 60 de la Constitución Nacional en razón a dos circunstancias:

1a. Que los artículos 1o., 3o. y 6o. numeral 1, literal b) del Decreto acusado, al permitir que los Fondos de Cesantías y Pensiones y las personas naturales o jurídicas extranjeras puedan adquirir las acciones en venta, en las mismas condiciones privilegiadas consagradas en favor de los trabajadores y las organizaciones solidarias, y

2a. Que los fines de la democratización no pueden alcanzarse mediante el procedimiento establecido en los artículos 4o. numeral 2, 10 numeral 4, 11 y 12 numeral 1 y 2 del Decreto acusado.

Así las cosas, dada la forma como el demandante ha expuesto los fundamentos derecho, los ordenamientos constitucionales resultarían transgredidos en la medida en que las disposiciones acusadas infrinjan el artículo 60 de la Carta Política en torno al cual gira toda la controverrsia sometida a decisión.

En la demanda se acusan, entre otros, los artículos que a continuación se transcriben:

"Artículo 1o.- **Aprobación del programa de venta**. Apruébase el programa de venta de las 5.234.634.742 acciones que la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– posee en el Banco Popular, contenido en los artículos 2o. y siguientes del presente Decreto, equivalentes al 93.31% del total de acciones en circulación del citado Banco.

"Artículo 3o.- **Procedimiento de venta**. La venta de las acciones a que se refiere el artículo primero del presente Decreto se hará así:

"1o. Primero se ofrecerá a precio fijo la totalidad de las acciones objeto del presente programa, a los trabajadores activos y pensionados del Banco Popular, así como de la Sociedad Fiduciaria y del Almacén General de Depósito en cuyo capital participa el Banco Popular; a los Fondos de Empleados, Fondos Mutuos de Inversión de Empleados, Fondos de Cesantías y Pensiones, ...

"2o. Las acciones que dentro del plazo que establezca el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, plazo que no será inferior de veinticinco (25) días comunes, no sean adquiridas por las personas a que se refiere el numeral anterior, se pondrán en venta entre las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, con capacidad legal ...

"Artículo 6o. Condiciones de venta de las acciones a que se refiere el numeral primero del artículo tercero. Para tener derecho a las condiciones especiales previstas en el artículo anterior, las personas a que se refiere el numeral 1o. del artículo 3o. del presente Decreto deberán cumplir las siguientes condiciones:

"1o. a).....

"b) Los Fondos de Cesantías, los Fondos de Pensiones, los Fondos Mutuos de Inversión de Empleados, los Sindicatos de Trabajadores, las Federaciones y las Confederaciones de Sindicatos de Trabajadores, podrán adquirir acciones hasta por un monto igual al límite máximo autorizado por las normas legales que regulan la actividad de tales entidades".

Por su parte, el artículo 60 de la Constitución Política prescribe:

"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 ofrecer a sus trabajadores, a las organizaciones solidarias y de trabajadores, condiciones especiales para acceder a dicha propiedad accionaria. La ley reglamentará la materia".

El anterior artículo es claro al señalar que la enajenación de la propiedad accionaria del Estado, será reglamentada por la ley.

En tal virtud, debe analizarse el fundamento legal que tuvo el Gobierno Nacional para expedir el Decreto No. 814 de 1994, esto es, el Decreto Ley No. 663 de 1993, "Por medio del cual se actualiza el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se modifica su titulación y numeración".

En efecto, el artículo 304 del Decreto-Ley No. 663 de 1993, prescribe:

"Aprobación del programa. En desarrollo de las previsiones contenidas en el artículo 60 de la Constitución Política y para los solos fines de la presente ley, cuando la Nación, una entidad descentralizada o el Fondo de Garantías de Instituciones Financieras, enajenen su participación en instituciones financieras, o entidades aseguradoras, deberán hacerlo según el programa de enajenación que apruebe en cada caso el Consejo de Ministros. En el programa que se adopte se tomarán las medidas conducentes para democratizar la participación estatal y se otorgarán condiciones especiales a los trabajadores, sus organizaciones y a las organizaciones solidarias, conforme a las reglas de este capítulo.

"El Fondo de Garantías presentará al Consejo de Ministros, a manera de recomendación, un programa con las condiciones y procedimientos aplicables para la enajenación de los bonos y acciones...".

A su vez el Decreto-Ley 663 de 1993 fue expedido por el Gobierno Nacional con base en las facultades extraordinarias conferidas en la Ley 35 de 1993, cuyo artículo 25 fue transcrito en su totalidad en el artículo 304 del Decreto ley mencionado.

Se tiene entonces que el Decreto 663 de 1993 el cual tiene fuerza de ley, en el artículo 304 atribuye al Consejo de Ministros la facultad de aprobar el programa de enajenación en el que se adoptarán las medidas conducentes para democratizar la participación estatal y se otorgarán condiciones especiales a los trabajadores, su organización y a las organizaciones solidarias.

Consecuente con lo anterior, el Gobierno Nacional mediante el Decreto No. 814 de 1994, aprobó el programa de venta de las acciones que posee la Nación en el Banco Popular, de conformidad con el artículo 304 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Frente al argumento de que al permitirse que tanto los Fondos de Cesantías y de Pensiones, como las personas extranjeras pueden acceder a la propiedad accionaria estatal a enajenar, la Sala observa que respecto de los primeros se tiene que hacen parte de las organizaciones solidarias y de trabajadores a que se refiere el artículo 60. Lo anterior, por cuanto el inciso 4 del artículo 306 del Decreto 663 de 1993, que no fue declarado inexequible por la Corte Constitucional, establece:

> "Las acciones que se destinen a las personas indicadas en el inciso anterior se ofrecerán a precio fijo, que será el precio mínimo fijado por el Consejo de Ministros..." (subrayas fuera del texto).

El inciso 3 del artículo 304 del Decreto 663 de 1993 que sí fue declarado inexequible en sentencia C-37 del 3 de febrero de 1994, se refería a las personas que tienen un derecho preferencial para adquirir la participación accionaria que el Estado pretende enajenar. Dichas personas continúan siendo las allí señaladas, por cuanto a pesar de haberse declarado inexequible, no por ello quedó sin vigencia la definición de los sujetos allí prescrita, toda vez que el inciso 4 *ibídem,* a ellos se remite.

Para reforzar lo expuesto, es preciso traer a colación lo que al respecto sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-37/94 a que se ha venido haciendo referencia:

> "A juicio de la Corte, la norma del inciso 4 del artículo 306, no configura unidad normativa con lo dispuesto por el inciso 3 de dicho artículo, que se declarará inexequible; por lo tanto, ha de entenderse que "las personas" a que alude aquel precepto son los trabajadores activos y pensionados de la entidad, fondos de empleados, fondos mutuos de inversión de empleados, fondos de cesantías y pensiones, cooperativas, sindicatos y otras organizaciones solidarias o de trabajadores".

En cuanto a que las personas extranjeras no deben participar en el proceso de enajenación de la propiedad accionaria del Estado, debe dejarse en claro que con su

participación no se está desconociendo el contenido del artículo 60 de la Carta Política. Ello porque el artículo 3o., numeral 2 del acto acusado permite su acceso, en la medida en que los beneficiarios preferenciales a que alude la norma constitucional tantas veces citada, no hayan adquirido dicha propiedad.

Además, el artículo 100 en armonía con el artículo 13 de la Constitución Nacional, establece que los extranjeros gozarán de los mismos derechos y garantías civiles concedidos a los nacionales, con las limitaciones establecidas por la Constitución y la Ley.

Por último, la Sala encuentra que la limitación impuesta en el numeral 1 literal b) del artículo 6o. del Decreto 814 de 1994, tiene su razón de ser en la finalidad misma del artículo 60 de la Carta Política, cual es democratizar la propiedad accionaria estatal, permitiendo con dicho límite que un mayor número de los beneficiarios preferenciales puedan acceder a ella.

También se impugnan en el libelo las siguientes disposiciones del Decreto 814 de 1994:

> "Artículo 4o.- **Precio.** Las acciones objeto del presente programa de venta tendrán las siguientes condiciones de precio:
>
> "1o. .....
>
> "2o. Las acciones que se vendan de acuerdo con el numeral segundo del artículo 3o. del presente Decreto: a un precio fijo de cincuenta y tres pesos con cincuenta centavos ($53.50) cada una.
>
> "Artículo 10o. **Condiciones de venta de las acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3o.** Las ofertas de compra de acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3o. del presente Decreto, deberán cumplir las siguientes condiciones:
>
> ".....
>
> "4o. Las ofertas se presentarán en sobre cerrado en las condiciones que indique el Fondo.
>
> "Artículo 11. **Procedimiento de venta de las acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3o.** Las acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3o. de este Decreto se venderán por medio de martillo simultáneo en las bolsas de valores del país.
>
> "Artículo 12. **Adjudicación de las acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3o.** La adjudicación de las acciones a que se refiere el numeral 2 del artículo 3o. del presente Decreto la hará el Presidente del Martillo, conforme a las siguientes reglas:
>
> "1o. Las acciones se adjudicarán tomando en cuenta los precios, empezando por la ofera de compra que proponga el precio nominal más alto por acción, y se

continuará luego con las demás ofertas de compra, si quedan acciones disponibles, en orden descendente de los precios por acción propuestos en las ofertas de compra, hasta agotar las acciones disponibles.

"2o. En el evento de que el número de acciones demandadas a un mismo precio, por más de un postor, supere el número de acciones disponibles para la venta, éstas se adjudicarán en forma directamente proporcional a las cantidades demandadas por cada uno de los postores que hayan ofrecido a ese precio entre los proponentes respectivos que hayan aceptado la reducción...".

La Sala observa que todas las anteriores normas se refieren a las acciones de que trata el numeral 2 del artículo 3o. del acto acusado, esto es, a aquellas que por no haber sido adquiridas por los beneficiarios preferenciales se ponen en venta a quienes sí deseen adquirirlas, pero obviamente en condiciones distintas.

Para esta Corporación no se presenta la pretendida violación del artículo 60 de la Carta Política por parte de las normas transcritas, toda vez que éstas imponen condiciones más gravosas para los adquirentes, lo cual se encuentra en plena consonancia con el precepto constitucional referenciado, cuya finalidad primordial, se reitera, es democratizar la propiedad accionaria estatal en manos de los trabajadores, sus organizaciones y las organizaciones solidarias, otorgando a éstos condiciones ventajosas frente a los demás posibles compradores.

En efecto, se tiene que para las personas distintas a los beneficiarios preferenciales que pretendan adquirir la participación accionaria estatal en el Banco Popular, se estableció un precio base de $53.50, lo cual significa que puede ser incrementado, a diferencia del precio mínimo fijo establecido para los citados beneficiarios preferenciales, que como su nombre lo indica no puede variar, lo que implica una prerrogativa para los trabajadores y el sector solidario del Banco Popular.

Ahora bien, frente a la afirmación del demandante sobre el hecho de que las ofertas deban ser presentadas en sobre cerrado y el que sean adjudicadas por el sistema de martillo conlleva a que quienes disponen de los medios económicos y técnicos determinen el verdadero valor de las acciones en remate, la Sala estima que de ser cierta dicha afirmación, ello no pugna en manera alguna con el contenido del artículo 60 de la Carta. Ello porque dicha medida como se dijo antes, opera para los no beneficiarios preferenciales. Por tanto, si éstos no accedieron a dicha propiedad, no puede exigírsele al Estado que efectúe la enajenación en detrimento de su propio patrimonio.

Además, de no ser adquirido el total de las acciones por los trabajadores, organizaciones solidarias y de trabajadores, es apenas lógico que éstas puedan pasar a ser propiedad de otra(s) persona)s), siempre y cuando cumpla(n) con la autorización que para tal efecto debe otorgar la Superintendencia Bancaria de conformidad con el artículo 305 del Decreto 663 de 1993 y con los requisitos establecidos en el correspondiente decreto de aprobación del programa de venta. De allí que a éstos no se les imponga límite

en el número de acciones a adquirir, pero téngase en cuenta que solamente podrán acceder a la propiedad accionaria estatal, en la medida en que los sujetos a que se contra el artículo 50 no hagan uso de su derecho preferencial.

En consecuencia, frente a la inconformidad del demandante en cuanto que a los beneficiarios preferenciales se les impone un límite máximo de acciones a adquirir, a diferencia de los no comprendidos en tal clasificación, la Sala estima que la imposición de dicho límite a los beneficiarios preferenciales, tiene su razón de ser, como se expresó anteriormente, en el cometido del artículo 60 de la Carta, cual es el de democratizar la titularidad de las acciones de las empresas en que el Estado tenga participación y las cuales pretende enajenar. Lo anterior es reforzado por la Corte Constitucional, cuando en sentencia C-37 de febrero 3 de 1994 manifestó:

> "No es concebible que un proceso de venta de la propiedad accionaria pueda, a su vez, dar lugar a una peligrosa concentración de dicha propiedad, que justamente combate el proceso de democratización, o propiciar incluso manejos o conductas inadecuadas y abusivas, contrarias al espíritu de la norma, por los empleados de la empresa o de las organizaciones solidarias, como sería el de actuar como testaferros, tras un fin meramente especulativo o de obtener un enriquecimiento sin causa, a costa del patrimonio estatal, y en favor de personas o grupos con poder económico, interesados en adquirir las acciones.
>
> "Consecuente con lo anterior, y para evitar que el proceso de democratización accionaria sufra las desviaciones apuntadas, la administración con arreglo de la ley, está habilitada de los poderes necesarios, para imponer limitaciones razonables y justificadas a la negociación accionaria, que naturalmente conduzcan a impedir la presencia de dichas desviaciones y a evitar que se desconozca la voluntad del constituyente".

Finalmente, la Sala anota que con base en las pautas fijadas por el Decreto 663 de 1993, el Gobierno Nacional mediante el Decreto 814 de 1994 aprobó el programa de venta de las acciones que la Nación poseía en el Banco Popular, sin que en el presente proceso haya sido desvirtuada su legalidad.

Las consideraciones anteriores llevan a la conclusión de que el acto acusado no viola el artículo 60 de la Carta Política y en consecuencia tampoco las demás disposiciones constitucionales citadas como violadas, pues tal como se expresó al comienzo de las consideraciones de la Sala, de la violación del artículo 60, hace derivar el actor la transgresión de los otros ordenamientos.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

RECONÓCESE a los doctores PABLO ANDRÉS RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, MARÍA DEL ROSARIO MENDOZA PATIÑO e IVÁN GUILLERMO JIMÉNEZ OLANO, como apoderados sustitutos de los Ministerios de Desarrollo Económico, de Comercio Exterior y de Defensa Nacional, en su orden.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 11 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS DERIVADOS DEL PETRÓLEO-Reglamentación/**SERVICIO PÚBLICO/COMPETENCIA/MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA/CONCEJO MUNICIPAL**-Incompetencia

Si bien es cierto que la regulación sobre las actividades de las plantas de almacenamiento y abastecimiento de gas y su ubicación guardan relación con el uso del suelo, no lo es menos que en este caso dicho uso está referido a la prestación de un servicio público, el cual, por mandato del artículo 365 de la Carta Política, está sometido al régimen jurídico que fije la ley, y respecto del mismo Estado mantiene su regulación, control y vigilancia. De tal manera que no puede afirmarse que la materia a que se contrae el acto acusado sea de competencia exclusiva del Concejo Municipal de Yumbo pues, como ya se dijo, por estar afecta un servicio público está sometida al régimen jurídico que fije la ley, la cual, para el caso de la materia que ocupa la atención de la Sala, ha previsto que su regulación, control y vigilancia corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, conformen lo precisan las leyes antes enunciadas y el decreto 283 de 1990 que las reglamenta. Las razones procedentes conducen a la Sala a considerar que el Concejo Municipal de Yumbo carece de competencia para hacer las regulaciones a que se contrae el acto acusado, pues ellas son del resorte exclusivo del Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la declaratoria de nulidad del acuerdo *sub-exámine.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 2585. Recurso de apelación contra la sentencia de 11 de noviembre de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle de Cauca. Actora: Sociedad Amigos de Yumbo - Sady - y Otros.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el ciudadano y abogado LUIS ANTONIO MARTÍNEZ PAZ contra la sentencia de 11 de noviembre de 1994, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que denegó las súplicas de las demandas en los procesos acumulados.

I.-ANTECEDENTES

I.1. El ciudadano AGUSTÍN VELASCO PUENTES, obrando en su propio nombre y en el de la SOCIEDAD AMIGOS DE YUMBO -SADY-, de la cual es su representante legal, y el ciudadano y abogado LUIS ANTONIO MARTÍNEZ PAZ, obrando en su propio nombre, presentaron demandas separadas ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que posteriormente fueron acumuladas para ser decididas en una misma sentencia, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., tendiente a obtener que mediante sentencia se declarará la nulidad del acuerdo No. 0014 del 11 de mayo de 1993 "POR MEDIO DE LA CUAL SE MODIFICA EL ACUERDO NO. 029 DEL 15 DE DICIEMBRE DE 1992", expedido por el Concejo Municipal de Yumbo.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones adujeron los siguientes cargos:

A): POR PARTE DEL CIUDADANO AGUSTÍN VELASCO PUENTES Y DE LA SOCIEDAD AMIGOS DE YUMBO -SADY-:

1o.): El Concejo Municipal de Yumbo no podía reformar, en la forma como lo hizo, el acuerdo No. 0029 del 15 de diciembre de 1992 "POR MEDIO DEL CUAL SE ESTABLECE LA ZONIFICACIÓN DE USOS DEL SUELO PARA EL MUNICIPIO DE YUMBO", pues el artículo 3o. de la Ley 9a. de 1989 dispone que los proyectos de acuerdo relacionadas con Planes de Desarrollo deben ser presentados por los alcaldes dentro de los primeros diez (10) días del mes de noviembre del primer año de sesiones del respectivo Concejo. Como los concejales fueron elegidos en 1992, luego su período dura, de conformidad con el artículo transitorio 19 de la Constitución Política, hasta el 31 de diciembre de 1994. En consecuencia, la próxima oportunidad válida para introducir modificaciones al acuerdo No. 0029 de 1992 sería dentro de los primeros diez días del mes de noviembre de 1995. Por lo anotado, no era posible la reforma inmediata de dicho acuerdo, incluyendo obviamente la delimitación contenida en el artículo 17.

2o.): La descongelación de la zona dentro del perímetro urbano de Yumbo, en donde se encuentran varias plantas de abastecimiento de combustibles, implica una reforma al acuerdo No. 0029 de 1992. Tal descongelación, aunque era imposible, solamente podía ser propuesta por el alcalde de Yumbo al Concejo de dicha localidad, dentro de los

primeros diez días del mes de noviembre de 1995, y nó antes, y mucho menos por iniciativa del propio Concejo, como se hizo al aprobar el acuerdo No. 0014 de 11 de mayo de 1993.

3o.): El Acuerdo demandado al disponer la modificación del artículo 10o. del Acuerdo No. 0029 de 1992 y conceder la ampliación de las plantas de almacenamiento y abastecimiento de gas y productos derivados del petróleo, ubicadas en el municipio de Yumbo, violó ostensiblemente el Decreto No. 283 de 30 de enero de 1990 "Por el cual se reglamenta el almcenamiento, manejo, transporte, distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y el transporte por carro tanques de petróleo crudo", por cuanto de sus artículos 1o., 2o., 5o., 6o., y 83 se infiere que corresponde exclusivamente al Ministerio de Minas y Energía autorizar las plantas de abatecimiento, estaciones de servicio, plantas de llenado y depósitos de gas propano y productos derivados del petróleo.

B): POR PARTE DEL CIUADADANO Y ABOGADO LUIS ANTONIO MARTÍNEZ PAZ.

1o.): El Concejo Municipal es incompetente en cuanto a la iniciativa para presentar el proyecto de Acuerdo, pues esta corresponde, según el artículo 315 numeral 5o. de la Constitución Política, al Alcalde Municipal.

2o.): El Acuerdo acusado no trajo en su epígrafe la materia a la cual se refiere. Por ello, se vulneró el artículo 10o. del Decreto 49 de 1932.

3o.): El Acuerdo acusado se expidió durante el segundo día de sesiones (3 de mayo de 1993), pues el tercer debate se surtió, según certificación del Secretario General de la Corporación, el 4 de mayo de 1993. Por esta razón se violó el artículo 108 del Decreto Ley 1333 de 1986.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite de procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 11 de noviembre de 1994, que fue oportunamente apelada por uno de los demandantes.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para tomar la decisión adoptada, el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o.): La circunstancia de que la Constitución Política y la ley establezcan la obligación para los alcaldes de presentar los proyectos de acuerdo sobre Planes de Desarrollo, no implica que cuando vayan a ser modificados sólo pueda hacerse a iniciativa suya exclusivamente, pues no existe norma legal que así lo consagre expresamente.

Dicha prohibición existía en el artículo 106 del Decreto Ley 1333 de 1986 para las atribuciones 4a. y 5a. del artículo 92, para las previstas en el inciso 1o., del artículo 288 y en el artículo 311 *ibídem*. Ninguna de tales administraciones se relacionaba con la presentación de proyectos de acuerdo en materia de Planes de Desarrollo.

Como no existe prohibición para que los acuerdos contentivos de Planes de Desarrollo puedan ser modificados a iniciativa diferente de la del alcalde, tampoco es aplicable la obligación de que sólo dentro de los primeros diez días de sesiones puedan ser modificados estos acuerdos, pues se supone que dentro de ese término deben presentarse los proyectos de Planes pero no sus modificaciones.

2o.): Los artículos 1o., 2o., 5o., 6o., y 83 del Decreto No. 283 de 1990 consagran la competencia del Ministerio de Minas y Energía para reglamentar lo atinente al almacenamiento, manejo, transporte y distribución de los combustibles líquidos derivados del petróleo, asignándole exclusivamente la atribución de declarar la saturación o inconveniencia de la construcción de plantas de distribución de combustibles líquidos y derivados del petróleo y estaciones de servicio, en áreas urbanas o en determinadas zonas geográficas del país.

Del mismo modo, se le asigna al Ministerio la función de autorizar la construcción de plantas de abatecimiento de combustibles, de conformidad con los requisitos previstos en el citado decreto, así como para autorizar el almacenamiento, transporte, manejo y distribución de tales combustibles.

El Acuerdo No. 0029 de 1992, contentivo de la zonificación de usos del suelo para el municipio de Yumbo, en su artículo 10o. había dispuesto que dentro del área de tratamiento especial prevista en el Acuerdo No. 016 de 1991 se declaraba congelado el crecimiento de las plantas de abastecimiento de combustibles y sus derivados, localizadas en el perímetro urbano del Municipio.

El Acuerdo demandado modificó dicho artículo 10o. concediendo la ampliación de las plantas de almacenamiento y abastecimiento de gas, siempre que no exceda de 120.000 galones y por un término de 15 meses, para que durante dicho lapso puedan estas empresas trasladarse al área destinada y establecida como zona de abastecimiento y almacenamiento dentro del plano que hace parte integral del Acuerdo.

No se advierte que con la disposición anterior al Acuerdo No. 014 de 1993 hubiera invadido competencias propias del Ministerio de Minas y Energía, pues el acuerdo impugnado está adoptando ciertas medidas en materia de existencia de plantas de abastecimiento dentro de la zonificación que del perímetro urbano del municipio de Yumbo se ha establecido. De la disposición aludida no se infiere que el interesado que desee construir alguna estación para el almacenamiento y abastecimiento de combustibles o derivados del petróleo, quede excusado del cumplimiento de los trámites de autorización del Ministerio de Minas y Energía. Tampoco se deduce que corresponda al Concejo Municipal de Yumbo conceder autorización a las empresas correspondientes para la construcción o instalación de las referidas plantas.

Las dos normas son perfectamente compatibles, pues cada una regula aspectos diferentes de una materia en común, como es el almacenamiento y abastecimiento de combustibles y derivados del petróleo.

Frente al cargo consistente en que el Acuerdo demandado no expresó en su encabezamiento la materia sobre la cual versa, es decir, que modifica la zonificación de uso del suelo para el municipio de Yumbo afectando su planeación y ordenamiento físico económico, se tiene que al expresar dicho acuerdo que modificaba el Acuerdo No. 0029 de 2992, estaba cumpliendo con los requisitos del Decreto No. 49 de 1932, pues el Acuerdo reformado contiene la zonificación del municipio, luego no era necesario repetir la materia que éste contenía.

Finalmente, frente al cargo de indebida tramitación del proyecto, cabe tener en cuenta que la circunstancia de que aparezca como fecha de emisión del acuerdo el día 3 de mayo, a pesar de que se certifique que fué aprobado los días 2, 3 y 4 del mismo mes, no alcanza a viciar de nulidad el mismo, pues de todas formas aparece la constancia expedida por el Secretario del Concejo Municipal, en la que dá fé de que los tres debates se dieron en fechas distintas.

Para demostrar la irregularidad en el trámite, se debió acreditar por parte de los actores, lo cual no ocurrió, que tales debates no se surtieron en realidad.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente con el fallo apelado puede resumirse así:

El Tribunal con fundamento en la presunción de legalidad del acto administrativo enjuiciado, consideró que no prosperaban los cargos planteados por cuanto no hay norma expresa que prohiba a un Concejo Municipal ejercer funciones que privativamente le corresponden a los Alcaldes, como tampoco ejercer funciones propias del Ministerio de Minas y Energía, establecidas claramente en el Decreto No. 283 de 1990, cuando es bien conocido el principio de Derecho Público consagrado en el artículo 6o. de la Constitución Política, según el cual, los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que la Constitución, la ley o los reglamentos les autorizan, razón por la cual el Concejo Municipal de Yumbo violó por acción y por omisión dicha norma, al ejercitar funciones que no le habían sido asignadas expresamente por la ley.

Al respecto, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 22 de abril de 1971, consejero doctor Alberto Hernández Mora, rendido al Ministerio de Gobierno, en lo tocante al evento en que los Concejos Municipales no aprueben el presupuesto presentado oportunamente por el alcalde, expresó:

> "De la idea de que no hay seguridad para el individuo donde la administración no está regida por una norma jurídica, desprende nuestra Constitución el principio de que a las autoridades administrativas no les es permitido sino aquello que les autorice la ley (C.N. arts. 20 y 63). La noción de Estado de Derecho se plasma en este principio de imperativa aplicación cada vez que se trate de definir relaciones

entre gobernantes y gobernados y de alindar las áreas que protegen los derechos del individuo y las libertades públicas.

Las competencias de la autoridad se encuentran y deben encontrarse precisamente definidas por la ley, y lo que el Constituyente o el legislador atribuye como función a una de ellas en particular no puede extenderse por analogía a funcionario o corporación distinta". (Subrayas fuera del texto)

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Agencia del Ministerio Público ante esta Corporación no rindió concepto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Prevé el Acuerdo acusado:

"ARTÍCULO PRIMERO: Modifíquese el Artículo Décimo del Acuerdo No. 029 del 15 de diciembre de 1992 y queda así:

ARTÍCULO DÉCIMO: Concédase la ampliación de las plantas de almacenamiento y abastecimiento de Gas ubicadas en el Municipio de Yumbo.

Esta ampliación será concedida a las Empresas por un abastecimiento y almacenamiento de Gas que no exceda de 120.000 galones; y por un término de tiempo de 15 meses a partir de la publicación del presente acuerdo; lapso de tiempo para que estas empresas puedan trasladarse al área destinada y establecida como zona de abastecimiento y almacenamiento de los derivados del petróleo, y que quedará determinado en el plano que hace parte integral del presente Acuerdo".

"ARTÍCULO SEGUNDO: Modifíquese el artículo décimo séptimo del acuerdo 029 del 15 de diciembre de 1992 y queda así:

ARTÍCULO DÉCIMO SÉPTIMO: Declárese como única zona para plantas de almacenamiento y abastecimiento en el manejo de los derivados del petróleo, el área localizada entre el corregimiento de Mulaló y la Empresa SEMILLAS PALLONER aledaña a la margen occidental de la vía panorama o troncal del pacífico, tal como queda determinada en el plano que hace parte integral del presente Acuerdo".

Al resolver la Sala el recurso de apelación contra el proveído de 3 de septiembre de 1993, que denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, precisó que era menester dilucidar si en razón de la facultad que el artículo 313 numeral 7o. de la Carta Política le confiere a los Concejos Municipales para reglamentar los usos del suelo del respectivo municipio queda comprendida la materia a que se contrae el acto acusado y

si la competencia que sobre la misma le atribuye el Decreto No. 283 de 1990 al Ministerio de Minas y Energía subsiste frente al aludido precepto constitucional.

Sobre el particular, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Los artículos 2o., 5o., 6o. y 83 del Decreto No. 283 de 1990 que se consideran violados, se refieren, en su orden, a la facultad exclusiva por parte del Ministerio de Minas y Energía para declarar la saturación o inconveniencia de construcción de plantas de distribución de combustibles, líquidos derivados del petróleo y estaciones de servicio en áreas urbanas o en determinadas zonas geográficas del país; que la ubicación, diseño, construcción, ampliación, mejoras, aforo y pruebas de las instalaciones de las plantas de abastecimiento de combustibles líquidos derivados del petróleo, deberán ceñirse a los requisitos establecidos en dicho decreto y a las normas ICONTEC; los requisitos que deben cumplirse por parte de quien planee la construcción, ampliación o mejoras de una planta de abastecimiento de los productos a que se ha hecho mención; y que el almacenamiento, transporte, manejo y distribución de los mismos requiere de licencia de funcionamiento expedida por el Ministerio de Minas y Energía.

Dicho decreto se fundamentó, entre otras disposiciones, en la ley 39 de 1987 **"Por la cual se dictan disposiciones sobre la distribución del petróleo y sus derivados"**, ley esta que en su artículo 1o. prevé que "La distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo es un servicio público que se prestará de acuerdo con la ley"; y en la ley 26 de 1989 **"Por la cual se adiciona la ley 39 de 1987 y se dictan otras disposiciones sobre la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo"**, que en sus artículos 1o. y 2o. reitera la naturaleza de servicio público que tiene la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y atribuye competencia al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, para determinar las condiciones para la mejor prestación de dicho servicio público; para otorgar licencia previa de funcionamiento a las personas distribuidoras de petróleo y sus derivados; y para declarar la saturación o inconveniencia de construcción de estaciones de servicios y plantas de distribución en determinadas áreas urbanas o geográficas del país.

Estima la Sala que si bien es cierto que la regulación sobre las actividades de las plantas de almacenamiento y abastecimiento de gas y su ubicación guardan relación con el uso del suelo, no lo es menos que en este caso dicho uso está referido a la prestación de un servicio público, el cual, por mandato del artículo 365 de la Carta Política, está sometido al régimen jurídico que fije la ley y respecto del mismo el Estado mantiene su regulación, control y vigilancia.

De tal manera que no puede afirmarse que la materia a que se contrae el acto acusado sea de competencia exclusiva del Concejo Municipal de Yumbo pues, como ya se dijo, por estar afecta a un servicio público está sometida al régimen jurídico que fije la ley, la cual, para el caso de la materia que ocupa la atención de la Sala, ha previsto que su

regulación, control y vigilancia corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Minas y Energía, conforme lo precisan las leyes antes enunciadas y el Decreto No. 283 de 1990 las reglamenta.

Cabe advertir que la competencia que este Decreto le atribuyó al referido Ministerio subsistió con la expedición del Decreto 2119 del 29 de diciembre de 1992 "Por el cual se reestructura el Ministerio de Minas y Energía, el Instituto de Asuntos Nucleares -IAN- y Minerales de Colombia S.A. -MINERALCO-", expedido por el Gobierno Nacional con fundamento en el artículo transitorio 20 de la Carta Política, que tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, el cual en su artículo 3o. numeral 1o. estableció como función general del citado Ministerio la de "Adoptar la política nacional en materia de exploración, explotación, transporte, refinación, procesamiento, beneficio, transformación y distribución de minerales e hidrocarburos...".

Y en su artículo 35 numerales 1o., 4o., 6o. y 7o. atribuyó como funciones de la Subdirección de Refinación, Transporte y Distribución del mencionado Ministerio las de: "Ejercer la vigilancia técnica y administrativa de la industria de hidrocarburos en sus ramas de refinación, transporte y distribución para asegurar el estricto cumplimiento de los reglamentos y normas que la regulan"; "Estudiar y conceptuar desde el punto de vista técnico, sobre los proyectos, estudios e informes relacionados con la construcción de refinerías, oleoductos y gasoductos"; "Ejercer la vigilancia técnica del comercio de los combustibles líquidos derivados del petróleo, del gas propano y del gas natural en sus ramas de almacenamiento, envase, manejo, transporte y distribución y aprobar las licencias de funcionamiento de los establecimientos dedicados al comercio de estos productos"; y "Estudiar y emitir concepto sobre la capacidad económica y técnica de los interesados en adelantar proyectos de construcción de oleoductos y gasoductos de uso público".

Las razones precedentes conducen a la Sala a considerar que el Concejo Municipal de Yumbo carece de competencia para hacer las regulaciones a que se contrae el acto acusado, pues ellas son del resorte exclusivo del Ministerio de Minas y Energía, razón por la cual habrá de revocarse la sentencia apelada para disponer, en su lugar, la declaratoria de nulidad del Acuerdo *sub-examine.*

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia de 11 de noviembre de 1994, proferida por la Sección Segunda el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, y, en su lugar, se dispone: DECLÁRASE la nulidad del Acuerdo No. 0014 de 11 de mayo de 1993 "Por medio del cual se modifica el Acuerdo No. 029 de 15 de diciembre de 1992", expedido por el Concejo Municipal de Yumbo.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 17 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO PÚBLICO DE DISTRIBUCIÓN DE GAS/EMPRESA DISTRIBUIDORA DE GAS/SANCIÓN/MINISTERIO DE MINAS Y ENERGÍA/COMPETENCIA PARA FIJAR PRECIOS/GAS-Distribución

En lo que toca con la violación del artículo 333 de la Carta Política que consagra la libertad económica, la Sala se remite a los argumentos ya expuestos en cuanto a que por tratarse el gas de un bien sometido a control, los precios a cobrar deben ser los fijados por la autoridad competente, sin poder facturar conceptos adicionales, a menos que dicha autoridad los autorice. Para la Sala no queda duda que sólo a partir de la resolución No. 31701 de 1993 las empresas distribuidoras de gas propano podían entrar a cobrar la suma de $1.183 por concepto de cargo fijo, de tal manera que la Empresa Colombiana de Gas S.A. -COLGAS S.A.- en efecto violó el artículo 14 del Decreto 2876 de 1984, al haber facturado desde tiempo atrás por dicho concepto, un valor hasta entonces no autorizado, cobrando así una tarifa superior a la fijada por el Ministerio de Minas y Energía.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3312. Actor: Compañía Colombiana de Gas S.A. - COLGAS S.A.

Las Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 16 de febrero de 1995.

I. ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

La Compañía Colombiana de Gas S.A. - Colgas S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones Nos. 1164 y 1649 de 2 de agosto y 15 de octubre de 1993, respectivamente, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio, y solicitó que como consecuencia de la declaratoria y a título de restablecimiento del derecho, se concede a la demandada a pagar la suma de VEINTICUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS PESOS ($24.446.400.oo), más el índice de aumento de precios al consumidor y los intereses legales sobre la suma ajustada con apoyo en dicho índice, causados desde el 10 de noviembre de 1993 hasta el momento en que se produzca el pago.

b.- Los actos acusados

Son los siguientes:

1o.- La Resolución No. 1164 de 2 de agosto de 1993, mediante la cual el Superintendente Delegado para la Protección al Consumidor impuso como sanción a la demandante una multa de veinticuatro millones cuatrocientos cuarenta y seis mil cuatrocientos pesos ($24.446.400.oo), equivalentes a 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por violación del artículo 14 del Decreto No. 2876 de 1984.

2o.- La Resolución No. 1649 de 15 de octubre de 1993, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la anteriormente citada, confirmándola.

c.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

Cargo único.- Los actos acusados fueron falsamente motivados y violaron, por falta de aplicación, los principios constitucionales contenidos en los artículos 29 y 33 al igual que los artículos 1o., 14 y 17 del Decreto No. 2876 de 1984, por indebida aplicación, al imponer la sanción establecida para los casos de especulación derivados del cobro de tarifas superiores a las máximas autorizadas por el Ministerio, frente a conceptos que no estaban cobijados por las resoluciones expedidas con anterioridad a la conducta que se juzgó, y que por ende no estaban sometidos a control.

d.- Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda la parte demandada expresa, en síntesis, los siguientes argumentos (fls. 81 a 84 del Cdno. Ppal.):

Mediante la expedición de la ley 14 de 1984 fue reformada la estructura administrativa del Ministerio de Minas y Energía y se determinaron sus funciones, dentro de las cuales se señaló la de establecer los precios máximos de venta al público de gas propano G.L.P. Esta facultad fue reiterada por el decreto No. 2119 de 1992.

En materia de política de precios el Ministerio de Minas aplica para el gas propano el régimen de control directo, en virtud del cual fija, mediante resolución, el precio máximo que puede ser cobrado al consumidor final o usuario.

El Ministerio de Minas ha venido regulando lo concerniente a la fijación de los precios del gas propano. Es así como el 28 de diciembre de 1992 expidió la resolución No. 32779, que rigió hasta el 21 de enero de 1993, cuando dichos precios fueron fijados nuevamente en la resolución No. 30022 de este último año.

En las antedichas Resoluciones se fijó como precio máximo para el galón de gas propano la suma de $379.00 y para el cilindro de 100 libras la suma de $9.570.oo, sumas estas que incluyen los valores correspondientes a los impuestos, márgenes de distribución y los de mantenimiento y reposición.

Mediante comunicación fechada el 22 de enero de 1993, el señor Ministro de Minas y Energía le ordenó al Presidente de Colgas "...proceder inmediatamente a ajustar sus sistemas de facturación al consumo real de los usuarios y a los precios que fije el Ministerio".

Para el año de 1991, Colgas venía facturando un valor fijo por concepto de mantenimiento, habiéndolo reemplazado en el año 1992 por el consumo mínimo, siendo en la actualidad reeemplazado por el cargo fijo. Estos conceptos se venían cobrando independientemente del consumo real de los usuarios del servicio, sin estar previamente autorizados por el ente competente, esto es, el Ministerio de Minas.

Del estudio de las normas vigentes sobre facturación de servicios públicos y del análisis de los hechos que dieron origen a la sanción controvertida, puede observarse que Colgas ha venido cobrando el concepto cargo fijo sin estar autorizada para ello, básicamente porque está plenamente demostrado que dicho cobro tan solo fue autorizado para este tipo de empresas a partir del 16 de septiembre de 1993, fecha en que entró a regir la resolución 31701 del 14 del mismo mes y año expedida por el Ministerio de Minas, y la cual estableció en su artículo 2o., numeral 4o.:

> "Los distribuidores minoristas de GLP que entreguen el producto a domicilio por medio de tanque estacionario y medidor individual, podrán cobrar hasta $1183 mensuales por usuario, siempre que este valor y el del gas propano (GLP) medido, sean facturados al usuario con posterioridad al consumo".

Colgas incumplió las Resoluciones Nos. 32779 de 1992 y 30022 de 1993 al cobrar el concepto cargo fijo sin estar autorizada para hacerlo, como puede desprenderse de las diligencias obrantes en el expediente No. 4107 y como lo reconoce explícitamente la demandante en el libelo. El artículo anteriormente transcrito autorizó un cargo fijo por valor de $1183.oo mensuales por usuario: Colgas se encontraba cobrando por tal concepto, sin autorización legal, la suma de $4500.oo, como pudo ser comprobado en la visita realizada a sus instalaciones el día 8 de marzo de 1993 y cuya cita dio origen a la solicitud de explicaciones a la empresa por parte de la Superintendencia de Industria

la solicitud de explicaciones a la empresa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, a través del oficio No. 013788 de 24 de marzo de 1993.

No pueden ser de recibo los argumentos de la empresa, en el sentido de que el concepto cargo fijo no remunera el producto sino el beneficio adicional recibido por el consumidor como consecuencia de la continúa disponibilidad del mismo y la facturación diferida, debido fundamentalmente a que este concepto, sea cual fuere la razón con que se pretendiera justificar, no se encontraba autorizado por ningún sistema de distribución, sino hasta el 16 de septiembre de 1993, fecha de entrada en vigor de la resolución No. 31701, según disposición expresa en el artículo 6o.

Al no estar autorizado este cobro quebranta en régimen oficial de fijación de precios, constituyéndose en conducta violatoria del artículo 14 del decreto 2876 de 1984 que considera como especulación indebida, el cobro de tarifas superiores a las establecidas por la entidad competente para la prestación de un servicio sometido a control.

Frente a la pretendida violación de los artículos 29 y 333 de la Constitución Política, debe decirse que la demandada en ningún momento ha desconocido el debido proceso, toda vez que la sanción ha sido impuesta en relación con la violación de norma preexistente al acto que constituye el objeto de dicha sanción. En efecto, la empresa ha venido efectuando un cobro no autorizado con el consecuente incremento en el valor de la facturación, lo que equivale a la violación de las normas preexistentes en materia de control de precios.

Tampoco ha quebrantado el derecho a la libertad económica y de iniciativa privada, ya que en ningún momento la Superintendencia ha exigido permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

e. La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 28 de febrero de 1994 se admitió la demanda (fl. 76 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 1o. de julio de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl. 211 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 23 de septiembre de 1994 (fl. 214 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandante (fl. 221 del Cdno. Ppal.) y la parte demandada (fl. 215 del Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen denegó las súplicas de la demanda, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 243 a 246 del Cdno. Ppal.):

Evidentemente Colgas había venido cobrando el concepto cargo fijo sin estar autorizada para ello, toda vez que dicho cobro fue autorizado para estas empresas a partir del 16 de septiembre de 1993, fecha en que entró a regir la resolución No. 31701.

Colgas incumplió las Resoluciones Nos. 32779 de 1992 y 30022 de 1993 al cobrar el concepto cargo fijo sin estar autorizada. La resolución No. 31701 de 1993 autorizó un cargo fijo por valor de $1183.oo mensuales, cobrando la demandante $4500.oo mensuales, tal como se desprendió de la visita del 8 de marzo de 1993.

Este cobro quebranta el artículo 14 del decreto 2876 de 1984, que considera como especulación indebida el cobro de tarifas superiores a las establecidas por la entidad competente por la prestación de un servicio sometido a control.

La demandante violó la normatividad anteriormente referida al no acatar la fijación oficial de precios señalada en las resoluciones citadas, pues sin tener autorización legal previa cobró el concepto de cargo fijo a los usuarios del gas que se suministra a través de tanques estacionarios.

El Tribunal observa que el actor no sustentó el concepto de violación de los artículos 29 y 333 de la Constitución Política. Sin embargo, encuentra que la administración ejerció su competencia dentro de las reglas procedimentales que integran el debido proceso, y además que la sancionada, al interponer el recurso de reposición contra la resolución No. 1164, ejerció el derecho de defensa.

Tampoco encuentra el fallador de primera instancia que se haya violado el artículo 333, toda vez que en ningún momento la administración le exigió a la accionante permisos o requisitos sin autorización de la ley. Por el contrario, la Superintendencia aplicó la ley y los reglamentos pertinentes al caso sub judice, sin exceder el ámbito de su competencia.

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 bajo la forma de cargos se sintetizan a continuación:

Primer cargo.- El Tribunal afirma sin explorar sus fundamentos, que el concepto "cargo fijo" no estaba autorizado, sin detenerse a ponderar adecuadamente cuál era el concepto que justificaba dicho cobro, punto central que dio origen a la presente controversia, pues el paso que la Superintendencia siempre afirmó que aquél estaba incurso dentro del régimen de control de precios, Colgas ha sostenido que, al no estar destinado a remunerar el gas como producto ni ninguno de los servicios sometidos a control sino un servicio distinto y no regulado, tal cobro es legítimo, al entrar dentro del criterio de libertad de precios que es la regla general.

Segundo cargo.- El fallo del Tribunal contrarió los siguientes principios:

a.- El régimen de control es la excepción y por tanto solo puede aplicarse a los bienes y servicios específicamente incluidos dentro de las normas respectivas, sin que sea dable extenderlo a conceptos distintos.

b.- Hasta el 16 de septiembre de 1993 sólo estaba regulado el gas como bien, y los servicios de mantenimiento y reposición, más no los servicios de lectura, facturación y disponibilidad, derivados de la especial modalidad de suministro a través de tanque estacionario y medidor.

A este respecto, el a quo invirtió el principio, pues concluyó que al no estar regulados por las resoluciones del Ministerio tales servicios no podían ser objeto de cobro, cuando el criterio a aplicar era el absolutamente contrario, es decir, que al no haber sido sometidos a un control especial, entraban dentro del régimen de libertad de precios.

En este sentido, lo que hizo la resolución No. 31701 fue concluir dentro del régimen de control, fijando una tarifa para el efecto, los servicios derivados de un suministro mediante cobro diferido.

c.- El artículo 29 determina que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las normas preexistentes. En este caso, tanto la Superintendencia como el Tribunal están imputando a Colgas la violación del artículo 14 del decreto 2876 de 1984 por cobrar tarifas superiores a las fijadas por autoridad competente, sin tener en cuenta que en el caso de los servicios especiales que justificaron el cargo fijo, no existía régimen de control ni mucho menos tarifas máximas, las cuales sólo vinieron a ser previstas en la resolución No. 31701 de 1993, posterior a los hechos que dieron lugar a la sanción.

d.- El artículo 333 de la Carta señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común.

Esta libertad, que es la regla, viene a ser restringida tanto por la Superintendencia como por el Tribunal, al aplicar de manera extensiva el régimen de control de precios del gas como producto y de los servicios de mantenimiento y reposición que hasta septiembre de 1993 habían sido los únicos regulados, a otros que, aunque concatenados con el primero, son totalmente independientes de él.

Tercer cargo.- No puede desconocerse que en la modalidad de suministro que nos ocupa se prestan unos servicios adicionales hasta septiembre de 1993 no había sido regulados por el Ministerio y que por tanto podían ser objetos de libre estipulación entre las partes.

Si fuera de recibo el criterio del Tribunal, según el cual en la regulación del gas se deben entender por ser incluidos la totalidad de los servicios necesarios para colocarlo en las manos de los usuarios, no tendría justificación las referencias expresas que en las resoluciones del Ministerio se han hecho, en el sentido de establecer que las tarifas incluyen los impuestos, márgenes de distribución y los servicios de mantenimiento y reposición.

De ser cierto que las tarifas anteriores a la resolución 31701 de 1993 cobijaban los servicios atados a la disponibilidad permanente de gas propano derivados del suministro

mediante medidor y cobro diferido, por qué entonces en dicha resolución se hizo la distinción que aparece en el parágrafo 4o. del artículo 2o., señalando una tarifa especial para tales efectos.

El criterio definitivo que justifica la posición de Colgas está contenido en la ley 142 dr 1994 (Estatuto de Servicios Públicos Domiciliarios), en el que se verifica que en efecto existen servicios distintos no involucrados en la tarifa de control de precios sobre un bien, como sucedió con los que dieron pie a la sanción de la Superintendencia, en cuanto sólo vinieron a ser regulados a partir de septiembre de 1993, y se comprueba que el cargo fijo está llamado a remunerar los servicios adicionales que se deriven de una forma de suministro que asegura al usuario la disponibilidad permanente del servicio, dentro de los que se destacan la medición, facturación y financiación para el pago del producto.

IV.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación señala que la demandante fue exhortada por el Ministerio de Minas y Energía para que ajustara a sus sistemas de facturación al consumo real de los usuarios y a los precios fijados por dicha entidad, sin que aquélla hubiese acatado tal orden, siendo por tanto cierto que transgredió una orden emanada de autoridad competente.

Es aceptado por las partes que el producto objeto de comercialización está sometido a control, probándose que la específica modalidad de distribución del gas en la forma planteada no estaba prevista en disposición legal alguna, ya que fue reglamentada a partir del 16 de septiembre de 1993, según resolución No. 31701 del Ministerio de Minas y Energía.

Colgas tenía razones de orden económico para alegar en su favor debido a los injustificados costos que para ella implicaba el mantenimiento inmovilizado de un inventario de gas a disposición de los usuarios, sólo contabilizable en el momento de pasar por el medidor. Sin embargo, no expuso en su oportunidad ante el Ministerio de Minas sus atendibles razones, desconociendo la orden impartida y haciéndose a la postre merecedora de la sanción impuesta.

La actora, al interponer el recurso de reposición contra la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio acepta su responsabilidad y aduce que no tuvo ánimo de causar daño o perjuicio y en consecuencia solicita que se le rebaje la sanción.

Considerado lo anterior, esto es, las razones de la parte actora y la carencia de reglamentación del servicio en la modalidad planteada, debe revocarse parcialmente el fallo y modificarse el monto de la sanción impuesta.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Frente al primer cargo: Debe diluciar la Sala si el concepto "cargo fijo" se encontraba incluido dentro del régimen de control de precios como lo afirma la demandada, o si, por

el contrario, le asiste razón a la apelante cuando sostiene que como dicho concepto no está destinado a remunerar el gas como producto, se encuentra dentro del régimen de libertad de precios.

La sanción cuestionada fue impuesta por no haber sido acatados los precios fijados en las resoluciones Nos. 32779 de 28 de diciembre de 1992 y 30022 de 21 de enero de 1993, originarias del Ministerio de Minas y Energía, y según las cuales el valor máximo a cobrar por galón degas propano entregado a domicilio en carrotanque para la ciudad de Santa Fe de Bogotá, era de $379.

Al respecto, la Sala considera que si bien es cierto que nada se dijo en las anteriores resoluciones respecto del "cargo fijo", también lo es que la Empresa Colombiana de Gas Colgas S.A., prestataria de un servicio público, debía respetar en un todo las normas proferidas por autoridad competente, esto es, el Ministerio de Minas y Energía, respecto del precio a cobrar por el suministro de gas, toda vez que el valor por ella cobrado por concepto de cargo fijo ($4.500), sin estar autorizada, para ello, en efecto incrementaba el valor del producto. No puede decirse, entonces, que dicho concepto se encontraba dentro del régimen de libertad de precios.

En efecto, no cabe duda que el gas propano es un bien sometido a control. En consecuencia, los actos acusados impusieron debidamente la sanción contenida en ellos, considerando que se violó el artículo 14 del decreto No. 2876 de 1984 "Por el cual se dictan normas sobre control de precios y otras disposiciones, el cual reza:

"Especulación indebida. Entiéndese por especulación indebida:

1.-La venta de bienes bajo control, a precios superiores a los fijados por la autoridad competente.

2. ...".

Dado que la demandante cobró una suma superior a la autorizada, debe decirse que en efecto infringió la norma antes transcrita.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Frente al segundo cargo: Sostiene la parte actora que tanto la entidad demandada como el fallador de primera instancia desconocieron el principio de que el régimen de control de precios es la excepción y que sólo puede aplicarse a los bienes y servicios especificamente incluidos dentro de la norma respectiva.

Al respecto, la Sala considera que dicho cargo tampoco tiene vocación de prosperidad, toda vez que el gas es un bien que se encuentra sujeto a la regulación de precios y por consiguiente, mientras la autoridad competente no determine que se pueden cobrar sumas adicionales, independientemente de cual sea la especificación (lectura, facturación, disponibilidad, etc.,), el valor a cobrar es el que se encuentre establecido en las normas pertinentes.

Respecto de que se violó el artículo 29 de la Constitución Política por cuanto al momento de imponerse la sanción no existía régimen de control, no tarifas máximas para los servicios especiales, esta Corporación considera que no le asiste razón a la impugnante, ya que como se expresó en precedencia, el gas es un bien sujeto a control, luego debe entenderse que mientras no se autorizara el cobro de otro u otros conceptos, las empresas distribuidoras debían someterse a las resoluciones que fijaban el monto máximo a cobrar por el galón. Además, la norma que contempla la conducta atribuida a la parte actora (artículo 14 del decreto 2876 de 1984) y por la cual se le sancionó, es preexistente a dicha conducta.

En cuanto al argumento de que de ser cierto que las tarifas anteriores a las establecidas en la Resolución No. 31701 de 1993 cobijaban los servicios adicionales a que se ha hecho mención, po qué entonces en dicha resolución se hizo la distinción que aparece en el parágrafo 4o. del artículo 2o., la Sala analizará dicho parágrafo, teniendo en cuenta su texto que reza.

"ARTÍCULO SEGUNDO. Fíjense los siguientes precios máximos al público para el gas propano (GLP), entregando a domicilio:

1. En carrotanque $419 por galón

2. ...

"PARÁGRAFO CUARTO.- Los distribuidores minoristas de GLP que entreguen el producto a domicilio por medio de tanque estacionario y medidor individual, podrán cobrar hasta $1183 mensuales por usuario, siempre que este valor y el del gas propano (GLP) medido, sean facturados al usuario con posterioridad al consumo".

Para la Sala el anterior parágrafo confirma aún más el hecho de que tal valor sólo podía ser cobrado una vez la autoridad competente autorizará tal cobro, pues la circunstancia de que solo pueda ser facturado siempre y cuando haya consumo, indica que de no hacerlo, dicho valor no puede ser facturado.

De otra parte, la Resolución No. 31701 de 1993, que autorizó dicho cobro, si bien es cierto fue expedida con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, también lo es que ella confirma que el valor a cobrar por concepto de cargo fijo se encuentra igualmente regulado.

En lo que toca con la violación del artículo 333 de la Carta Política que consagra la libertad económica, la Sala se remite a los argumentos ya expuestos en cuanto que por tratarse el gas de un bien sometido a control, los precios a cobrar deben ser los fijados por la autoridad competente, sin poder facturar conceptos adicionales, a menos que dicha autoridad lo autorice.

Frente al tercer cargo: Arguye el recurrente que no puede desnonocerse que en la modalidad de suministro del gas que nos ocupa se prestan unos servicios adicionales que

antes de 1993 no habían sido regulados y que por tanto podían ser objeto de libre estipulación entre las partes.

Sobre el particular la Sala se remite a lo ya expuesto en los cargos anteriores, pero también desestimar éste.

Finalmente, en cuanto a la apreciación del apelante en el sentido de que si se entendiesen incluidos en la regulación del gas de totalidad de los servicios necesarios para colocarlos en manos de los usuarios, no tendrían razón de ser las referencias expresas que las resoluciones del Ministerio hacen respecto de que las tarifas incluyen los impuestos, márgenes de distribución y los precios de mantenimiento y reposición, debe decirse que precisamente al efectuar las mencionadas resoluciones dicha referencia expresa, con ello querían significar que las tarifas incluían todos los conceptos que tienen que ver con el suministro del gas, por lo cual no le asiste razón al impugnante.

La Sala observa que la Empresa Colombiana de Gas S.A. ya había sido enterada de que no podía cobrar suma alguna por concepto de consumo mínimo, toda vez que el Ministerio de Minas y Energía le envió copia de la comunicación de fecha 16 de septiembre de 1992, dirigida al señor Nelson Caballero (usuario que presentó una queja) en la que expresó:

> "...el Ministerio de Minas y Energía fija los precios máximos por galón para el gas propano GLP, entregado por carrotanque a domicilio. En ningún momento ha establecido consumos mínimos para conjuntos residenciales que se abastezcan de GLP desde un tanque estacionario".

Posteriormente, y esta vez mediante comunicación dirigida directamente al Presidente de Colgas S.A., calendada el 22 de enero de 1993 (fl. 15 del Cdno. de Pruebas), el Ministerio de Minas y Energía le expuso lo siguiente:

> "... Los Distribuidores de Gas Propano no pueden sobrepasar los precios fijados por el Ministerio para este producto, pues éste es un artículo de primera necesidad cuyo precio máximo al consumidor sólo puede ser fijado por esta Entidad.
>
> "En consecuencia, la Empresa que usted preside debe proceder inmediatamente a ajustar sus sistemas de facturación al consumo real de los usuarios y a los precios que fije el Ministerio".

Por último, frente a la afirmación de la apelante respecto de que en la ley 142 de 1994 se verifica que en efecto existen servicios distintos no involucrados en la tarifa de control de precios sobre un bien, la Sala se abstiene de hacer pronunciamento alguno, por cuanto dicha ley fue expedida con posterioridad a los actos acusados.

En síntesis, para la Sala no queda duda que sólo a partir de la resolución No. 31701 de 1993 las empresas distribuidoras de gas propano podían entrar a cobrar la suma de $1183 por concepto de cargo fijo, de tal manera que la Empresa Colombiana de Gas S.A.

-Colgas S.A., en efectivo violó el artículo 14 del decreto 2876 de 1984, al haber facturado desde tiempo atrás por dicho concepto, un valor hasta entonces no autorizado, cobrando así una tarifa superior a la fijada por el Ministerio de Minas y Energía.

Para terminar, esta Corporación expresa su desacuerdo con lo manifestado por el Ministerio Público en el sentido de que debe modificarse el monto de la sanción impuesta debido a las razones de orden económico que tuvo la actora para cobrar un valor autorizado, y teniendo en cuenta que el servicio en la modalidad planteada carecía de reglamentación, toda vez que tal solicitud no es procedente, en primer término porque ya quedó establecido, al ser el gas propano un producto sometido a control, no podía la empresa demandante efectuar el cobro tantas veces referido, y en segundo lugar, porque, si bien es cierto que Colgas S.A. en el recurso de reposición solicitó la rebaja de la sanción, no lo es menos que en la demanda que nos ocupa no incluyó como pretensión subsidiaria dicha rebaja, razón por la cual aún en el evento de ésta fuese procedente, en el presente caso no podría declararse, pues es principio generalmente admitido del derecho procesal, que la demanda limita los poderes del juez, en forma tal que no le está permitido fallar fuera o más allá de lo pedido.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.- CONFÍRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, el 16 de febrero de 1995.

Segundo.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

COPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

PARTE DEMANDANTE/PARTE DEMANDANTE/PARTE DEMANDADA-Determinación/**FALLO INHIBITORIO**-Improcedencia

Es claro que en el escrito de corrección de demanda no se dice expresamente quién es la parte demandante así como tampoco la demandada. Pero no hay que hacer mayor esfuerzo para deducir que la parte demandante es la Electrificadora de la Guajira y la parte demandada es el Instituto de Seguros Sociales, una de cuyas dependencias es la Unidad Programática de Naturaleza Especial de la Guajira, toda vez que el apoderado de la parte actora señala, al citar los actos impugnados, que su director fue quien expidió las resoluciones acusadas. En consecuencia, debe decirse que el presente caso no amerita un fallo inhibitorio, ya que se determinó quién es la parte demandada, amén de que en los actos acusados se dice quién fue la autoridad que los expidió.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diecioso (18) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3321. Autoridades departamentales. Actora: Electrificadora de La Guajira S.A.

Entra la Sala a conocer el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 16 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, mediante la cual declaró no probadas las excepciones propuestas y decretó la nulidad de las Resoluciones Nos. 00126 de 11 de marzo de 1992 y 00426 de 18 de junio

del mismo año, expedidas por el Instituto de Seguros Sociales –Unidad Programática de Naturaleza Especial UPNE– Guajira.

ANTECEDENTES

La Electrificadora de la Guajira S.A., a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de la Guajira, tendiente a obtener la nulidad de las Resoluciones Nos. 00126 de 11 de marzo de 1992, por medio de la cual se impuso una sanción de multa por valor de VEINTICUATRO MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y DOS PESOS ($24.997.752.oo) a la demandante y 00426 de 18 de junio de 1992, a través de la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera de las citadas, confirmándola.

En los hechos se narra que la sanción fue impuesta por considerar el Director de la entidad demandada que la Electrificadora de la Guajira no reportó la novedad del incremento salarial de sus trabajadores, desde el año de 1989 hasta diciembre de 1991.

La demandante venía aportando normalmente por salarios; sin embargo, el 20 de diciembre de 1989, el Jefe Administrativo UPNE ISS Guajira, envió un memorando a la empresa, remitiendo la nueva tabla de categorías y comunicando además que de conformidad con lo establecido en la División Nacional de Seguros Económicos del ISS, las empresas deberían reportar las novedades de cambio de categoría para salarios superiores a $165.180.oo, indicando que los salarios inferiores a dicha suma no sufrirían ninguna variación.

La motivación de la Resolución No. 00426 de 18 de junio de 1992 es poco convincente y carente de veracidad, ya que no existió por parte de la demandada soporte probatorio de índole alguna para expedir los actos administrativos acusados.

Como normas violadas se señalan:

De carácter constitucional: Preámbulo y artículos 4o. y 29.

De carácter legal: Artículos 43, 44, 48, 49, 50, 52, 55, 56, 57, 59 y 60 del Decreto 2665 de 20 de diciembre de 1988 y artículo 174 del C. de P.C.

Hace consistir así el concepto de violación:

La entidad demandada violó y desacató las normas del Decreto No. 2665 de 1988, en las cuales se indican las pruebas y demás diligencias que deben practicarse y las formalidades que anteceden a la imposición de una sanción, pues las Resoluciones demandadas no están soportadas en pruebas allegadas al expediente, habiéndose basado el funcionario para tomar la decisión, en su conocimiento individual, sin tener en cuenta

que las normas procesales son de orden público y de imperativo cumplimiento. Se permitió que los términos para practicar pruebas precluyeran, pretendiendo practicarlas posteriormente.

A pesar de que se toma como soporte de los actos acusados el Decreto No. 2665 de 1988, dicho Decreto no fue observado y por el contrario fue violado.

El Preámbulo de la Constitución Política señala que uno de sus fines es asegurar la justicia dentro de un marco jurídico; el artículo 4o. prescribe que la Constitución es norma de normas; y el artículo 29 consagra el debido proceso aplicable a toda clase de decisiones judiciales y administrativas. Los anteriores preceptos fueron desconocidos, ya que la demandante en ningún momento fue oída ni vencida en la investigación, resultando los actos acusados abiertamente inconstitucionales.

Por su parte, el artículo 174 del C. de P. C., ordena que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, lo cual denota la clara necesidad del aporte de la prueba.

La Resolución No. 00126 de 11 de marzo de 1994 era susceptible del recurso de reposición el cual fue interpuesto.

EL FALLO APELADO

En sentencia de 16 de marzo de 1995, el Tribunal Administrativo de la Guajira declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada y decretó la nulidad de las Resoluciones acusadas.

Para tomar la anterior decisión el *a-quo* en primer término se refiere a la excepción de inepta demanda, por cuanto considera la demandada que ni en la demanda inicial ni en el escrito de corrección de aquélla señala en forma concreta y clara la parte demandada, limitándose a señalar la naturaleza jurídica de las partes y a definir éstas, pero sin vincular en ningún momento al ISS o al UPNE Regional Guajira.

Al respecto, el Tribunal expresa que ciertamente la demanda carece de técnica y deja ver la inobservancia del requisito de designación de la parte demandada y su representante, razón por la cual ordenó su corrección (folio 108, cdno. ppal.), orden que fue acatada dentro del término fijado (folios 111 y 112 *ibídem*), en forma no del todo ajustada a las exigencias legales.

A pesar de las falencias técnicas de la estructura del libelo, en el plenario se encuentran claramente establecidas y separadas tanto la parte demandante como la demandada, razón por la cual y en atención al mandato constitucional de la prevalencia del derecho sustancial sobre los ritos y formalidades en las actuaciones judiciales (artículo 228 de la Constitución), y teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad

de los derechos reconocidos por la ley sustancial (artículo 4o. del C. de P. C.), debe decirse que en la demanda existe *LEGITIMATIO AD PROCESUM* tanto por activa como por pasiva, luego no prospera la excepción.

En cuanto a la excepción de carencia o insuficiencia de poder, el Tribunal tampoco la encuentra probada toda vez que en el poder que obra a folio 1 del cuaderno principal se lee claramente que el mismo se confiere para iniciar y llevar a término un procedimiento administrativo de restablecimiento del derecho con nulidad de unos actos administrativos expedidos por el Director de la Unidad Programática de Naturaleza Especial de los Seguros Sociales de la Guajira, luego si se indica la clase de acción, los actos administrativos que se impugnan y la entidad que los expidió, que lógicamente viene a constituir la parte demandada.

Sobre el fondo del asunto, el fallador de primera instancia estima que interpretando la demanda, se tiene que la causa que se invoca es la de violación de norma superior por falta de aplicación, al no haber sido aplicado el procedimiento contemplado en el Decreto No. 2665 de 1988, para la imposición de la sanción contenida en la Resolución No. 00126 de 11 demarzo de 1992.

En efecto, una vez recibida la queja del Sindicato de Electroguajira (foliso 7 y 8, Cdno. de Pruebas), por instrucciones de la Dirección General del ISS se remitió al Director de la UPNE Guajira para que se adelantara la correspondiente investigación y se aplicara la sanción del caso, de conformidad con lo reglado en los Decretos No. 2665 de 1988 y 3063 de 1989 (folio 6 Cdno. de Pruebas). Dicho procedimiento no se observó, en primer lugar porque la designación del funcionario investigador no la hizo el Director de la UPNE - Guajira como lo dispone el artículo 44, inciso 4 del Decreto No. 2665 de 1988, sino el Comité Técnico; en segundo lugar, porque no se practicaron pruebas ni se escuchó en diligencia de descargos al Gerente de la Electrificadora, según lo disponen los artículos 48 a 57 *ibídem*; en tercer lugar, porque no se rindió el informe ni se levantó el acta de la diligencia de inspección practicada, según lo prevé el artículo 59 *ibídem*; por último, porque no se surtió el procedimiento descrito y reglado en el artículo 60 *ibídem*, ya que no se le comunicó, previo a la imposición de la sanción al Gerente de la demandante o a su apoderado, la existencia de la investigación administrativa por presuntas irregularidades en la aplicación de las tarifas, liquidación y pago de los aportes obrero-patronales, ni se le hizo saber a la empresa investigada que disponía de 15 días hábiles para solicitar y allegar las pruebas que considerara necesarias para desvirtuar los cargos, ni se observó el término probatorio mínimo de 10 días y máximo de 30 días, ni mucho menos el de 30 días para adoptar la decisión, pues se decidió sin fórmula de juicio el mismo día en que el funcionario investigador presentó un escueto y mal llamado informe, violando en forma flagrante por falta de aplicación, la garantía del debido proceso y del derecho de defensa que protege el artículo 29 de la Carta Política, y lo reglado en el artículo 60 del Decreto No. 2665 de 1988.

Si el ISS hubiese adelantado la investigación administrativa con observancia de las reglas procedimentales estatuidas en el decreto No. 2665 de 1988, habría encontrado que

eran ciertas las irregularidades denunciadas, quedando así legitimado para imponer las sanciones del caso; al haber desconocido el debido proceso, quedó desvirtuada la presunción de legalidad de las resoluciones demandadas, lo que hace que prospere su nulidad.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

El apoderado de la demandada apeló el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de la Guajira solicitando sea revocado y en su lugar se mantengan en firma las resoluciones demandadas, para lo cual expuso lo siguiente:

1o. Se encuentra en desacuerdo con la desestimación que el Tribunal hace de la excepción de inepta demanda, pues aquél interpreta acomodaticiamente el artículo 137 del C.C.A., el cual es muy claro cuando establece que: "Toda demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa... contendrá: 1o. La designación de las partes y sus representantes...".

El demandante no cumplió en la demanda con dicho requisito. Es tan cierto lo anterior, que el mismo Tribunal le ordenó la corrección, sin que en efecto lo hubiese hecho, ya que simplemente se limitó a corregir una de las peticiones de la demanda, siendo que una cosa es la designación de las partes (numeral 1, artículo 137, C.C.A.) y otra, lo que se demanda (numeral 2, ibídem), pues de ser una sola, se encontrarían en un mismo numeral. No se explica por tanto de dónde el *a-quo* saca que la demanda se corrigió y añade que sacar conclusiones en favor del demandante, es colocarse de su lado y en contra del demandado. Agrega que en gracia de la discusión ello sería aceptable si se tratase de la acción de simple nulidad en la que necesariamente debe imponerse la pirámide legal, pero no en una acción de nulidad y restablecimiento del derecho, donde las partes deben estar en igualdad de condiciones frente al juzgador.

Cita lo dicho por el Consejo de Estado dentro del expediente No. 4312, sentencia de 12 de noviembre de 1992, respecto de la excepción propuesta:

> "La excepción de inepta demanda por indebida designación del demandado, conlleva a un fallo inhibitorio. Si bien la Sala en repetidas providencias ha considerado que la demanda puede interpretarse por el juez al momento de su admisión, y en lo tocante a la designación de las partes ha sostenido que cuando de dicha interpretación y de la notificación que se haga a las partes demandadas y de la actuación que ella realice dentro del proceso, se puede deducir que se cumple el requisito de demanda en forma y que la omisión o el error del demandante, en tal caso, no ameritaría un fallo inhibitorio basado en la ineptitud sustancial de la demanda por indebida designación de las partes, tan bien es cierto que otras providencias han sostenido la tesis de que cuando la entidad interesada, no ha sido debidamente indicada como demandada, concurre al proceso y en la oportunidad debida plantea como excepción, esto es como medio de defensa, la indebida designación en que incurre el libelo demandatorio, no puede, so pretexto de interpretación de la demanda o de saneamiento de la nulidad generada por ello,

emitiendo un fallo de fondo obviando la manifestación expresa del demandado que concurre al proceso sólo para establecer que el contradictorio no fue debidamente entablado. Si bien esta solución pudiera calificarse como excesivamente rigorista, tiene a su favor el hecho de que se fundamenta en la protección del derecho de defensa de la parte demandada, que tiene la facultad de oponer a las pretensiones del demandante excepciones de todo tipo para inhibirlas o para diferirlas en el tiempo. El proceso es una sucesión de hechos a cuya formación contribuyen tanto las partes que demandan como las demandadas y el juez, y este último debe velar por la garantía del derecho de defensa tanto de los demandantes como de los demandados (...). De lo anterior resulta que en concepto de la Sala, el tribunal a-quo obró correctamente al darle prosperidad a la excepción de inepta demanda y declararse inhibido para un pronunciamiento de fondo".

2o. Frente a la excepción de carencia de poder o insuficiencia del mismo, debe tenerse en cuenta que el artículo 139 inciso 2o. del C.C.A. dice que a la demanda deberá acompañarse "... el documento idóneo que acredite el carácter con que el actor se presenta al proceso, cuando tenga la representación de otra persona...".

Lo anterior significa que uno de los anexos para que pueda iniciarse el proceso es el poder específico para accionar sobre la causa que se pretende defender, el cual debe contener no sólo la autoridad a quien se dirige, sino también debe ser claro y preciso respecto de la persona natural o jurídica que se va a demandar, puesto que esto no puede deducirse por el fallador, máxime cuando la parte a quien puede afectar la decisión lo ha cuestionado.

En el poder que obra en el proceso, el poderdante no señala a la persona que debe demandarse. En él sólo se expresa que se lleve a cabo "un proceso administrativo, Resoluciones... emitidas por el Director de la Unidad Programática de Naturaleza Especial de los Seguros Sociales de la Guajira". Así entendido, el poder es para demandar la simple nulidad mas no el restablecimiento del derecho, pues en este último caso debe expresarse la entidad que se va a demandar para que ésta restablezca.

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación no rindió concepto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede observar que la entidad demandada al sustentar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira, centra y limita su inconformidad a la circunstancia de no haber sido declaradas probadas las excepciones propuestas, sin que en nada controvierta los argumentos esgrimidos por el *a-quo* para declarar la nulidad de las resoluciones acusadas.

En tal virtud, esta Corporación se limitará al estudio de dichas excepciones.

La primera excepción propuesta fue la de inepta demanda por no haber sido debidamente designada la parte demandada.

Sobre el particular, la Sala comparte los argumentos esgrimidos por el fallador de primera instancia, toda vez que encuentra que si bien es cierto el libelo en cuestión carece de técnica, también lo es que no por ello puede decirse que no se determinó dicha parte.

En efecto, en la demanda inicial en el acápite "NATURALEZA JURÍDICA DE LAS PARTES", el demandante dice:

> "... El Instituto de Seguros Sociales adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, es un establecimiento público con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente".

El Tribunal Administrativo de la Guajira considerando que la demanda "... no precisa con claridad la parte demandada y su representante...", ordenó corregirla (folio 109, Cdno. ppal.).

A folio 112 ibídem se encuentra el escrito de corrección de la demanda donde se lee en el acápite "NATURALEZA DE LAS PARTES":

> "Acorde con sus Estatutos la ELECTRIFICADORA DE LA GUAJIRA S.A., es una sociedad anónima, legalmente clasificada como...
>
> "El Instituto de Seguros Sociales adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social es un Establecimiento Público con Personería Jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, representada a nivel nacional por la Dra. CECILIA LÓPEZ Director Nacional, y en el Departamento de la Guajira por el Dr. FULGENCIO QUINTERO Director".

Es claro que en el escrito de corrección de demanda no se dice expresamente quién es la parte demandante así como tampoco la demandada, pero no hay que hacer mayor esfuerzo para deducir que la parte demandante es la Electrificadora de la Guajira y la parte demanda es el Instituto de Seguros Sociales, una de cuyas dependencias es la Unidad Programática de Naturaleza Especial de la Guajira, toda vez que el apoderado de la parte actora señala, al citar los actos impugnados, que su Director fue quien expidió las resoluciones acusadas.

En consecuencia, debe decirse que el presente caso no amerita un fallo inhibitorio, ya que se determinó quién es la parte demandada, amén de que en los actos acusados se dice quién fue la autoridad que los expidió.

De otra parte, la entidad demandada tiene capacidad jurídica para comparecer al proceso, como en efecto lo hizo, ejerciendo su derecho de defensa a través de la proposición de las excepciones objeto de estudio.

El hecho de que la demandada haya propuesto excepciones no implica para el juez la obligación de declararlas probadas, así como tampoco le impide que de encontrar una excepción no propuesta, pueda declararla de oficio.

Como lo sostuvo el*a-quo*, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre los ritos y formalidades en las actuaciones judiciales (artículo 228, Carta Política), y teniendo en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial, debe confirmarse la determinación del*a-quo* en el sentido de declarar no probada la excepción analizada.

Respecto de la excepción denominada "Insuficiencia de poder o carencia del mismo", de igual manera la Sala encuentra que no ha de prosperar, pues a folio 1 del cuaderno principal obra el poder otorgado por la Electrificadora de la Guajira en el que se establece el tipo de acción a incoar, esto es, nulidad y restablecimiento del derecho; se especifican los actos por demandar, es decir las Resoluciones Nos. 00126 de 11 de marzo de 1992 y 00426 de 18 de junio de 1992; y, finalmente, se menciona la autoridad que las expidió: El Director de la Unidad Programática de Naturaleza Especial de los Seguros Sociales de la Guajira.

Como lo expresó la Sala al inicio de sus consideraciones, la apelante en manera alguna controvirtió los argumentos tenidos en cuenta por el Tribunal para declarar la nulidad de los actos acusados, advirtiendo además que ni siquiera insinuó que dichos actos se encuentren o no ajustados a la legalidad, razón por la cual no es del caso analizar el fondo del asunto, circunscribiendo dicho análisis a las excepciones.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada de fecha 16 de marzo de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 17 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

ACTO ADMINISTRATIVO/REVOCATORIA DIRECTA/ACTO ADMINISTRATIVO-Efectos/**JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA**

Si bien es cierto que en cuanto respecta a la Resolución No. 000245 de 28 de mayo de 1993 "POR LA CUAL SE RESTITUYE UN TURNO Y SE TOMAN ALGUNAS MEDIDAS", expedida por el Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Cartagena de Indias D.T. y C., que constituye uno de los actos acusados, fue revocada por la entidad que la expidió, mediante Resolución No. 000407 de 26 de agosto de 1993, en virtud de haber prosperado el recurso de reposición interpuesto por la actora con posterioridad a la presentación de la demanda, no lo es menos que dicha Resolución estuvo vigente desde el 28 de mayo de 1993 hasta el 26 de agosto del mismo año, lapso durante el cual pudo producir efectos, razón esta suficiente para que, en principio, pueda ser objeto de análisis.

EMBARGO-Inexistencia/**JURISDICCIÓN ORDINARIA**-Pronunciamiento/**JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA**-Inexistencia

Advierte sí la Sala que no puede haber pronunciamiento de fondo, pero por las siguientes razones: La eventual declaratoria de nulidad de los actos acusados traería como consecuencia un restablecimiento automático del derecho de la actora, consistente en mantener vigente la orden de embargo emanada del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena, que se decretó dentro del proceso ejecutivo adelantado por ella contra Modesto Molina Murcia. La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de

26 de noviembre de 1993, proferida por el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena dentro del proceso ejecutivo antes aludido, que había ordenado seguir adelante la ejecución, revocó dicha sentencia, al advertir que no existía título ejecutivo contra el demandado, dio por terminado el proceso y LEVANTÓ LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE SE HUBIERAN PRODUCIDO. Habiendo desaparecido del mundo jurídico la orden de embargo, en virtud de decisión judicial debidamente ejecutoriada no puede haber pronunciamiento de fondo, por sustracción de materia, en la medida en que el objeto de los actos acusados y de las pretensiones de la demanda descansan sobre dicha orden, la cual, conforme se deduce de las consideraciones expuestas en la precitada sentencia, no estaba llamada a producir efectos habida cuenta que fue dictada dentro de un proceso en el que no existía título ejecutivo contra el demandado, supuesto este que motivó y justificó su expedición.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DOCTOR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 2588. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actora: LUZ HELENA PIZZA DE ÁNGEL.

La señora LUZ HELENA PIZZA DE ÁNGEL, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1a): Es nula la Resolución No. 000245 de 28 de mayo de 1993 "POR LA CUAL SE RESTITUYE UN TURNO Y SE TOMAN ALGUNAS MEDIDAS", expedida por el Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Cartagena de Indias D.T. y C.

2a): Es nula la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993 "Por la cual se resuelve una Revocatoria Directa", expedida por el Superintendente de Notariado y Registro.

3a): A título de restablecimiento del derecho se ordene mantener en firme el embargo decretado por el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 060-0001887 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, dentro del proceso ejecutivo adelantado por la actora contra Modesto Molina Murcia.

I.- CAUSA PETENDI

Como hechos relevantes de la acción incoada se señalan los siguientes:

1o): La actora celebró un contrato de promesa de compraventa con el señor Modesto Molina Murcia, en relación con el local comercial No. 1-4, que hace parte del Edificio

Parque Comercial El Laguito - Bocagrande, ubicado en el Barrio de El Laguito, en la carrera 1a., Calle de Las Velas, entre Avenida Byron y Calle de Las Gaviotas.

2o): En dicho contrato de promesa se pactó que la escritura pública de compraventa se otorgaría el 3 de abril de 1992 a las 3.00 p.m., en la Notaría 1a. del Círculo de Cartagena.

3o): Modesto Molina Murcia no cumplió con dicha obligación y la actora sí concurrió a la Notaría, motivo por el cual instauró a través de apoderado un proceso ejecutivo por obligación de hacer para obtener la suscripción de la escritura pública de compraventa.

4o): El asunto le correspondió al Juez 3o. Civil del Circuito de Cartagena, quien procedió a ordenar el embargo del bien a través del oficio No. 255 de 27 de abril de 1992, dirigido a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, entidad que lo registró el mismo día.

5o): En el mes de julio de 1993 la actora se enteró de que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos había inscrito una escritura del mismo inmueble que se le había prometido en venta, con fecha anterior a la del embargo. Dicha inscripción se fundamentó en lo siguiente:

a): Modesto Molina Murcia vendió por escritura pública No. 2272 de 26 de marzo de 1992 de la Notaría 21 del Círculo de Santa Fe de Bogotá a Holman Carranza Carranza el mismo bien objeto de la promesa de compraventa celebrada con la actora.

b): Al solicitarse la inscripción el 30 de marzo de 1992 a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, ésta la negó devolviendo el documento mediante la denominada nota devolutiva porque no se transcribió en los insertos del instrumento público el paz y salvo por concepto de la contribución de valorización que grava al inmueble objeto de la venta.

c): Contra la nota devolutiva ninguno de los otorgantes interpuso en forma expresa recurso de reposición ni de apelación, como tampoco en ningún tiempo corrigieron la irregularidad.

d): Modesto Molina Murcia promovió revocación directa de la nota devolutiva ante la Superintendencia de Notariado y Registro, entidad esta que le solicitó al Registrador de Instrumentos Públicos de Cartagena le informara acerca de la interposición de recursos, a lo cual éste contestó negativamente.

e): Sin más trámites el Superintendente de Notariado y Registro dictó la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993, revocando en todas sus partes la nota devolutiva, ordenándole además a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena que iniciara una actuación administrativa tendiente a corregir la anotación del embargo procedente del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena donde cursa el proceso ejecutivo promovido por la actora.

f): La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, dando cumplimiento a la orden de la Superintendencia de Notariado y Registro, sin agotar la posibilidad de notificar a las partes afectadas dictó la Resolución No. 245 de 25 de mayo de 1993 en la cual ordenó restituir el turno No. 4634 de 1o. de abril de 1992, correspondiente a la escritura pública No. 2272, e informar al Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena la situación del inmueble de matrícula inmobiliaria No. 060-0001887.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o): Durante el trámite de la revocatoria directa la Superintendencia de Notariado y Registro violó el derecho al debido proceso y las normas relacionadas con la debida notificación y el consiguiente derecho de defensa (artículo 29 de la Constitución Política), así como los artículos 3o.. incisos 7o. a 9o., 14, 28, 34, 35, 44, 45, 48 y 74 del C.C.A. y 318 del C. de P. C., por las siguientes razones:

a): No se adelantó por dicha oficina la actuación administrativa a que hace referencia el artículo 28 del C.C.A., pues a sabiendas de que existía un particular que podía resultar afectado en forma directa, no se le comunicó la existencia de la actuación y el objeto de la misma, como es el caso de la actora quien aparece como beneficiaria de un embargo sobre el mismo inmueble objeto de la nota devolutiva expedida por la Oficina de Registró de Instrumentos Públicos de Cartagena.

b): Si el Superintendente de Notariado y Registro, por vía de hipótesis, no tenía en el expediente el folio de matrícula inmobiliaria, debió pedirlo a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, así como lo hizo al solicitar informe a dicha entidad sobre la interposición de los recursos en la vía gubernativa frente a la nota devolutiva.

c): Conocedor el Superintendente de Notariado y Registro de la existencia del embargo en favor de la actora y que el mismo provenía del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena, debió realizar las diligencias necesarias para conocer el paradero de aquélla, oficiando a dicho Juzgado o pidiendo copias del expediente o de la demanda, en donde aparece la dirección donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones.

d): La averiguación de la dirección de la actora resultaba sencilla si el funcionario hubiera acudido al directorio telefónico de Cartagena, el cual en la página 84 de la Edición de 1991 y 1992 la registró como residente de dos apartamentos en el Barrio El Laguito de dicha ciudad.

e): Conforme al atículo 318 del C. de P. C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., no es factible la notificación por emplazamiento cuando la persona a notificar figura en el directorio telefónico.

Por lo anterior, se violó el artículo 14 del C.C.A.

f): Al cercenársele a la actora la posibilidad de vincularse a la actuación de revocación directa, se le quitó la posibilidad de pedir pruebas y allegar informaciones, violándose de esa manera el artículo 34 *ibídem.*

g): También como consecuencia de lo anterior se violaron los principios orientadores de las actuaciones administrativas publicidad y contradicción, consagrados en los incisos 7o. a 9o. del artículo 3o. *ibídem,* al no darse a conocer a la demandante las decisiones adoptadas, por lo cual no pudo controvertirlas.

h); Tampoco la decisión que se adoptó en la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993 fue notificada personalmente, como debía hacerse conforme al artículo 35 inciso final del C.C.A., en concordancia con el articulo 44 del mismo Estatuto.

i): No se hizo ningún intento de notificación personal a la actora por lo cual no era procedente hacerlo por edicto, pues esta es una forma de notificación subsidiaria, que se emplea sólo en el evento en que no puede hacerse la notificación personal, por lo cual se violaron los artículos 44 y 45 *ibídem.*

2o): En la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena también se violaron las normas citadas, por las mismas razones expuestas.

3o): La decisión de la Superintendencia de Notariado y Registro, en sí misma considerada, es violatoria de los artículos 1o. y 2o. de la Ley 33 de 1986 , 2o. del Decreto 2088 de 1941, 21 y 26 de la Ley 1a. de 1943, 46, 76 y 79 de la Resolución No. 290 de 1951 del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, 40 y 44 del Decreto 960 de 1970, 37 y 45 del Decreto 2163 de 1970, 27 de la Ley 14 de 1983, 46 del Decreto 3496 de 1983, 26 y 44 del Decreto 2148 de 1983, 182 del Decreto Ley 1333 de 1986 y 6o. del Decreto Ley 2400 de 1968 , porque la decisión de revocar la nota devolutiva, fue fundamentada en que si no existe inscripción del gravamen de valorización no le es dable al Registrador devolver sin registrar un instrumento contentivo de una compraventa ya que ello sería ir más allá de lo expresamente consagrado en las normas.

Con este criterio lo que hizo fue una errada interpretación del artículo 182 del Decreto Ley 1333 de 1986 pues tal norma en parte alguna expresa lo dicho por el Registrador. En primer lugar, el artículo 181 *ibídem* establece la obligación del Registrador de inscribir el gravamen una vez reciba la información de la autoridad encargada de liquidarlo y de cancelar dicho registro cuando se opere un pago total o parcial convenido de la contribución, pero en ninguna parte se exonera al afectado con la contribución de pagarlo en el evento de que no aparezca inscrito el gravamen.

El Superintendente ha querido darle al gravamen de valorización los mismos efectos de un gravamen real sobre la propiedad, como por ejemplo la hipoteca, al expresar que aquella se reputa válida y exigible en la medida en que se encuentre registrada, lo cual es contrario a las normas que regulan los gravámenes fiscales sobre la propiedad.

Las normas antes citadas demuestran lo siguiente:

a): No cabe la menor duda que existen prohibiciones legales para los Notarios y Registradores de Instrumentos Públicos para otorgar y registrar, respectivamente, escrituras que cambien la propiedad de inmuebles, sin que se les presenten los paz y salvos de todos los impuestos que gravan la propiedad raíz en el respectivo sitio de ubicación del predio.

b): No se tiene en cuenta por lo mismo para el cobro del impuesto respectivo el lugar donde se otorgue la escritura pública de compraventa, sino el lugar de ubicación del inmueble.

c): Dichos paz y salvos deben insertarse en el texto de la escritura pública.

d): Siendo deber de los funcionarios públicos velar y salvaguardar los intereses del Estado, a ellos corresponde el control del pago de los impuestos y demás gravámenes que soporten los inmuebles, principal fuente de sustento del fisco.

4o): La decisión adoptada por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena excedió los parámetros dados por la Superintendencia de Notariado y Registro, pues esta entidad en modo alguno le ordenó la restitución del turno sino que simplemente le pidió que adelantara una actuación administrativa tendiente a corregir la anotación del registro del embargo de la actora.

Desde el punto de vista legal no era admisible la restitución del turno porque la revocatoria no se produjo por motivos de legalidad y en tal evento esta decisión sólo podía tener efectos hacia el futuro.

Tampoco era procedente la retroactividad de la decisión porque legalmente los interesados en la compraventa tenían dos meses para susbsanar el defecto anotado por la Oficina de Registro y si no lo hicieron en ese lapso se entiende desistida la petición de registro.

Tal aseveración se encuentra sustentada en los artículos 11 y 13 del C.C.A., que fueron violados por la decisión de la Oficina de Registro.

III-. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.- La Superintendencia de Notariado y Registro, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones de la misma adujo, en esencia, lo siguiente:

1o): Cuando la revocatoria directa de los actos administrativos es solicitada por los particulares como medio para restablecer el orden jurídico lesionado con la transgresión de su interés, dicha revocatoria adquiere el carácter de recurso administrativo extraordinario con características propias que lo diferencian de los recursos ordinarios de reposición y apelación.

2o): En el trámite de los recursos ordinarios y en el de la revocación directa ejercida por los particulares la ley no contempla la obligación de la Administración de citar a terceros que puedan resultar afectados. Al particular afectado como titular de un derecho el legislador le ha dado la oportunidad para obtener la reparación debida en caso de violación.

3o): El acto de revocatoria sólo se notifica al interesado personalmente, en este caso a quien interpuso el recurso. Esta es la correcta interpretación del artículo 3o. de la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993, que ordenó notificar dicha Resolución al interesado. Por consiguiente, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena no estaba obligada a notificar a la demandante.

III.1.2.- El señor Modesto Molina Murcia, tercero con interés directo en el proceso, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): El acto de negativa del registro, de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, carece de motivos y fundamentos legales válidos porque ninguna de las disposiciones que le sirven de respaldo exigen para la procedencia del registro inmobiliario la presentación, protocolización y transcripción del paz y salvo de valorización.

Ante un acto tan manifiestamente ilegal y arbitrario la Superintendencia de Notariado y Registro procedió estrictamente en derecho al ordenar su revocatoria y que por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena se adelantara la correspondiente actuación administrativa.

2o): Como a la escritura de venta del inmueble se le había asignado la radicación no. 4634 de 1o. de abril de 1992 y al Oficio proveniente del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena la No. 5950, habiéndose revocado por ilegal la negativa del registro de la escritura la consecuencia jurídica inmediata era la restitución del turno.

3o): La actora ha perdido su calidad de interesada en virtud de la negativa de las peticiones de la demanda y la revocatoria de la orden de embargo emanadas de la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Cartagena, conforme a las providencias de 18 de abril, 9 de agosto y 22 de septiembre de 1994.

III.1.3.- El señor Hollman Carranza Carranza, en su calidad de tercero con interés directo en las resultas del proceso, a través de apoderada, contestó la demanda y frente a las pretensiones se opuso a su prosperidad aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

1o): La nota devolutiva tiene como fundamento o soporte jurídico los artículos 2o. del Decreto 2088 de 1941, 27 de la Ley 14 de 1983 y 1o. de la Ley 33 de 1986, careciendo estas normas de motivo específico para sustentarla al no consagrarse en ninguna de ellas la presentación, protocolización y transcripción del paz y salvo de valorización para efectos del registro.

2o): En virtud de los principios de prioridad y de legalidad consagrados en los artículos 27 y 82 del Decreto Ley 1250 de 1970, en concordancia con los artículos 22 y 23 del mismo estatuto, debe restituirse el turno.

III.2.- En la etapa de alegatos de conclusión la actora no hizo uso de este derecho. Los terceros con interés directo en el proceso reiteraron los planteamientos expuestos en las contestaciones de la demanda.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se produzca un fallo inhibitorio por cuanto con posterioridad a la Resolución No. 000245 de 28 de mayo de 1993, el segundo de los actos acusados, se dictó la Resolución no. 407 de 26 de agosto de 1993, que revocó aquélla y se expidieron otros actos que dieron por terminada la actuación administrativa.

En cuanto al primero de los actos acusados: la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993, tras ser recurrida por la actora fue confirmada por la Resolución No. 6172 de 2 de noviembre de 1993, cuya anulación no fue demandada. Además, por su contenido normativo (inscripción de la escritura de venta) apenas vino a imponerse a la demandante a través de la Resolución No. 679 de 14 de diciembre de 1994, que también fue recurrida por ella en vía gubernativa.

En lo tocante al restablecimiento del derecho tampoco sería procedente en virtud de la decisión judicial que ordenó el desembargo.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Estima la sala que no asiste razón al Agente del Ministerio Público cuando plantea que en el caso *sub- examine* no puede haber pronunciamiento de fondo por las razones que expresa en su escrito ya que si bien es cierto que en cuanto respecta a la Resolución No. 000245 de 28 de mayo de 1993 "POR LA CUAL SE RESTITUYE UN TURNO Y SE TOMAN ALGUNAS MEDIDAS", expedida por el Registrador Principal de Instrumentos Públicos del Círculo de Cartagena de Indias D. T. y C., que constituye uno de los actos acusados, fue revocada por la entidad que la expidió, mediante Resolución No. 000407 de 26 de agosto de 1993, en virtud de haber prosperado el recurso de reposición interpuesto por la actora con posterioridad a la presentación de la demanda,

no lo es menos que dicha Resolución estuvo vigente desde el 28 de mayo de 1993 hasta el 26 de agosto del mismo año, lapso durante el cual pudo producir efectos, razón esta suficiente para que, en principio, pueda ser objeto de análisis.

En lo que concierne a la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993 observa la Sala que del texto de la Resolución No. 6172 de 2 de noviembre de 1993 se desprende que a través de la misma la Superintendencia de Notariado y Registro negó una solicitud de la actora, formulada también con posterioridad a la presentación de la demanda, relativa a que se declarara la nulidad de todo lo actuado en el trámite administrativo que culminó con la expedición de aquélla pero no se pronunció frente a recurso alguno, razón por la cual no resulta acertado afirmar que ha debido ser objeto de impugnación porque con ella se agotó la vía gubernativa.

Advierte sí la Sala que no puede haber pronunciamiento de fondo, pero por las siguientes razones:

La eventual declaratoria de nulidad de los actos acusados traería como consecuencia un restablecimiento automático del derecho de la actora, consistente en mantener vigente la orden de embargo emanada del Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena, que se decretó dentro del proceso ejecutivo adelantado por ella contra Modesto Molina Murcia.

En efecto, la Resolución No. 1651 de 5 de abril de 1993, expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, revocó en todas sus partes el acto de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena que había devuelto sin registrar la escritura pública No. 2272 de 26 de marzo de 1992, contentiva de la venta que le hizo MODESTO MOLINA MURCIA a HOLLMAN CARRANZA CARRANZA sobre el mismo inmueble objeto de la medida de embargo.

Como consecuencia de lo anterior debía inscribirse dicha venta, lo cual afectaba la inscripción del embargo, que fue lo que posteriormente ocurrió con el segundo acto acusado.

Al dejar sin efecto la mencionada Resolución No. 1651 y volver las cosas al estado anterior el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al inmueble de marras no sufriría ninguna alteración, esto es, seguiría vigente la inscripción del embargo que se había efectuado con antelación al citado acto.

La Resolución No. 000245 de 28 de mayo de 1993, expedida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, ordenó restituir el turno No. 4634 de 1o. de abril de 1.992, que le había correspondido a la mencionada escritura pública. Tal restitución implicó que en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al bien objeto del embargo y de la compraventa apareciera primero inscrito el contrato de compraventa a que se contrae la escritura pública devuelta sin registrar y por ende que desapareciera la anotación del embargo por cuanto se modificó el propietario y el nuevo no es el ejecutado.

Tan cierto es ello que, según obra a folio 72 del cuaderno principal, el Registrador de Instrumentos Públicos de Cartagena le comunicó al Juzgado 3o. Civil del Circuito, el 12 de Julio de 1993, que conforme a lo dispuesto en el artículo 681 del C. de P. C. "le estamos informando que el demandado ya no es propietario del mismo. Por lo anterior, sírvase proceder de conformidad".

Al dejar sin efecto este acto seguiría vigente la medida de embargo.

Pero ocurre que, conforme obra a folios 240 a 246*ibídem*, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, al resolver el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de 26 de noviembre de 1993, proferida por el Juzgado 3o. Civil del Circuito de Cartagena dentro del proceso ejecutivo antes aludido, que había ordenado seguir adelante la ejecución, revocó dicha sentencia, al advertir que no existía título ejecutivo contra el demandado, dio por terminado el proceso y LEVANTÓ LAS MEDIDAS CAUTELARES QUE SE HUBIERAN PRODUCIDO.

Conforme se deduce de los documentos obrantes a folios 247 a 252 *ibídem* tal sentencia se halla ejecutoriada.

Habiendo desaparecido del mundo jurídico la orden de embargo, en virtud de decisión judicial debidamente ejecutoriada no puede haber pronunciamiento de fondo, por sustracción de materia, en la medida en que el objeto de los actos acusados y de las pretensiones de la demanda descansan sobre dicha orden, la cual, conforme se deduce de las consideraciones expuestas en la precitada sentencia, no estaba llamada a producir efectos habida cuenta que fue dictada dentro de un proceso en el que no existía título ejecutivo contra el demandado, supuesto este que motivó y justificó su expedición.

De otra parte, cabe resaltar, que en el evento de que al entrar a analizar el fondo del asunto se llegara a acceder a la pretensión de nulidad de los actos acusados, tal declaratoria implicaría que a título de restablecimiento del derecho se ordenara iniciar la actuación administrativa con la audiencia y citación de la actora, lo cual de suyo no modificaría la Situación ya planteada en virtud no sólo de la decisión judicial antes referida sino que el levantamiento de la orden de embargo ya fue objeto de registro, según da cuenta la Resolución No. 000679 de 14 de diciembre de 1994 (folios 428 a 431), expedida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, amén de que se desconocerían los principios de celeridad y eficacia que deben informar las actuaciones administrativas, conforme lo prescribe el artículo 3o. del C.C.A.

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:

INHÍBESE de proferir un pronunciamiento de fondo por sustracción de materia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO-Expedición/**ACCIÓN DE NULIDAD**-Improcedencia/**ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA ACTO PARTICULAR**-Requisitos/**ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO**-Improcedencia/**INTERÉS JURÍDICO**-Inexistencia/**DEMANDA**-Ineptitud

La demanda se instauró en ejercicio de la acción pública de nulidad, pero dicha acción no es procedente contra la resolución acusada, toda vez que, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente esta sección desde el proveído de 2 de agosto de 1990 (exp.1482, actor: Oswaldo Cetina Vargas, ponente: Dr. Pablo J. Cáceres Corrales), la acción de nulidad contra los actos de carácter particular solamente es procedente en los casos que expresamente ha señalado, y señale en el futuro, la ley, a saber: los actos electorales concretos (arts. 223 y ss. del C.C.A.), los contentivos de carta de naturaleza (art. 221 *ibídem*), los de patentes (art. 567 del C. de Co.), los de certificados de dibujos o modelos industriales (art. 580 ibídem), los de certificados de marca (art. 596 *ibídem*), las resoluciones de expropiación (art. 22 de la Ley 9a. de 1989), las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- (art. 13 de la Ley 135 de 1961), los actos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o Licencia Ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente (art. 73 de la Ley 99 de 1993). Es evidente que la resolución sin número de 25 de mayo de 1993 que aquí se impugna, no encuadra dentro de ninguno de los actos de carácter particular para los cuales el legislador ha previsto la posibilidad de su control jurisdiccional a través de la acción de nulidad. El actor ni en la etapa gubernativa ni en la jurisdiccional acreditó interés jurídico alguno que le permitiera

incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., por lo cual, a la luz de las disposiciones que gobiernan esta acción, tampoco puede estudiarse la demanda.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 2644. Recurso de apelación contra la sentencia de 21 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá. Actor: Amilcar Valbuena Camejo.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del actor, contra la sentencia de 21 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1.-El señor AMILCAR VALBUENA CAMEJO, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá, tendiente a que mediante sentencia se declarara la nulidad de la resolución sin número de 25 de mayo de 1993, mediante la cual el Jefe del Servicio Seccional de Salud de Arauca (E), al resolver el recurso de reposición interpuesto contra la resolución No. 01-1471 de 11 de mayo de 1993, que había negado al señor FERNEY GARCÍA MONTOYA la licencia de funcionamiento para el establecimiento Drogas La Rebaja No. 2, la revocó y, en consecuencia, le concedió la licencia de funcionamiento para dicho establecimiento.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1o.): VIOLACIÓN DE NORMA SUPERIOR.

El artículo 5o. de la Resolución No. 10911 de 1992, expedida por el Ministerio de Salud, fue desconocido, por cuanto la resolución No. 01-1471 de 11 de mayo de 1993, negó la licencia de funcionamiento para Drogas La Rebaja No. 2, por desconocimiento de la primera de las resoluciones citadas, que establece que la distancia mínima entre una y la otra droguería debe ser de 150 metros.

Como el señor FERNEY GARCÍA no allegó la certificación de Planeación Municipal, del Instituto Geográfico Agustín Codazzi o de la oficina que hiciera sus veces, donde constara la distancia mínima a que se ha hecho referencia, no fue desvirtuado el

fundamento legal de la resolución que negó la licencia de funcionamiento, y, por ende, no podía ser subsanada dicha omisión a simple criterio de quien expidió el acto administrativo demandado.

2o.): FALSA MOTIVACIÓN POR INEXISTENCIA DEL OBJETO DE LA DECISIÓN.

La resolución demandada ignorando los fundamentos de hecho y de derecho que sirvieron de base para la resolución que negó la licencia de funcionamiento, la revocó y concedió la licencia con argumentos que no corresponden a la verdad, toda vez que dicha licencia recayó sobre un objeto inexistente, pues a la fecha de expedición de la resolución demandada (25 de mayo de 1993), el local no reunía los requisitos contenidos en el artículo 4o. de la resolución No. 10911 de 1992, los cuales deben ser previos y no posteriores a la decisión.

3o.): FALSA MOTIVACIÓN POR ERROR DE DERECHO.

Si la Resolución No. 01-1471 de 11 de mayo de 1993, negó la licencia de funcionamiento en cuestión, por cuanto no reunía los requisitos del artículo 5o. de la Resolución No. 10911 de 1992, para que se pudiera revocar dicho acto administrativo el interesado debió presentar la certificación que hizo falta cuando solicitó la licencia de funcionamiento, cuestión que no sucedió, no habiéndose por tanto desvirtuado los fundamentos de derecho de la primera resolución mencionada.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 21 de marzo de 1995, que fue oportunamente apelada por la apoderada del actor.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las súplicas de la demanda el a quo razonó, principalmente, de la siguiente manera:

El cargo por infracción a normas superiores (artículos 4o. y 5o. de la Resolución No. 10911 de 1992), supone de la parte actora una carga procesal que la lleve a demostrar que el local destinado para el funcionamiento de la farmacia carecía de los requisitos establecidos en los artículos 1o. y 2o. y que la instalación de la nueva droguería se encuentra dentro del área de influencia de otra más antigua, según el parámetro señalado en el citado artículo 5o.

La demandante no aborda lo anterior y se limita a ilustrar una problemática referida a las preceptivas de planeación, que regulan el espacio urbano y la forma de desarrollo de las ciudades, a la luz de la ley 9a. de 1989 y de los reglamentos del orden municipal que facilitan su aplicación.

El sellamiento del local donde funciona la droguería fue posterior al acto demandado, lo cual refleja probables transgresiones a otras restricciones, pero nó a la resolución No. 10911 de 1992.

Frente a la falsa motivación por inexistencia del objeto de decisión, debe decirse que la motivación del acto demandado es respecto de un recurso interpuesto contra un acto anterior, que puso fin a una actuación administrativa iniciada a raíz de la petición de un particular.

El que existiera o nó el local al momento de iniciarse el trámite para la obtención de la licencia, no es óbice para que anticipadamente se cuente con todas las permisiones exigidas para que anticipadamente se cuente con todas las permisiones exigidas para el caso, pues es causal de mayor seguridad jurídica, el iniciar la actividad física de construcción, cuando ya se han superado los requisitos establecidos por la ley o el reglamento.

En cuanto a la falsa motivación aducida por error en derecho, se tiene que la razón ofrecida por el acto demandado para la revocatoria se muestra coherente con la naturaleza de las cosas, toda vez que el texto que justifica la revocatoria expresa:

> "Que analizados los fundamentos que sirvieron de base para negar el otorgamiento de la licencia al recurrente, este despacho concluye que efectivamente no se tuvo en cuenta la certificación expedida por el Jefe de la Sección de Control de Medicamentos y el Jefe de Atención Médica entregada con fecha de 29 de marzo de 1993, mediante la cual certifica que el recurrente cumplió con todos los requisitos exigidos por el Servicio Seccional de Salud de Arauca por el cual se autoriza el funcionamiento de una Droguería en el perímetro urbano de la ciudad de Arauca".

Para la prosperidad del cargo de estudio, le correspondía al demandante demostrar la inexistencia de las certificaciones mencionadas en la motivación del acto, o por lo menos, que sí ellas existían, en manera alguna ameritaban los requisitos exigidos legalmente para el funcionamiento de droguerías.

Finalmente, se recalca que al proceso no se allegaron los antecedentes administrativos del acto demandado y, por ende, no se demostró la causal de nulidad ameritada.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada del actor sustenta su inconformidad con la sentencia apelada, en síntesis, así:

La demanda está basada en la violación de los artículos 4o. y 5o. de la Resolución No. 10911 de 1992, del Ministerio de Salud.

Contrario a lo que sostuvo el Tribunal Administrativo de Boyacá, el demandante demostró que para el 25 de mayo de 1993, fecha de expedición de la resolución que otorgó la licencia de funcionamiento, no existía el local como objeto de tal decisión, porque no cumplía con los requisitos elementales exigidos en el artículo 4o. en mención (condiciones sanitarias, de higiene, iluminación, etc,).

De otra parte, en contra de lo ordenado en el artículo 4o. de la citada resolución, el a quo no ve ningún inconveniente en que no existiera el local durante el trámite de la licencia. Cabe preguntarse entonces: Cómo se establecen las condiciones de distancia, de iluminación y en general de adecuación del inmueble para la destinación pretendida?

Finalmente, la falsa motivación por error en derecho se demuestra con lo que dice la resolución acusada:

> "...este despacho concluye que efectivamente no se tuvo en cuenta la certificación expedida por el Jefe de la Sección Control de Medicamentos y Jefe de Atención Médica entregada con fecha 29 de marzo de 1993, mediante la cual se certifica que el recurrente cumplió con todos los requisitos exigidos por el Servicio Seccional de Salud de Arauca por el cual se le autoriza el funcionamiento de una Droguería en el perímetro urbano de la ciudad de Arauca".

La anterior evidencia la contradicción entre los fundamentos de la Resolución No. 01-1471 de 11 de mayo de 1993, con los de la resolución que resolvió el recurso de reposición interpuesto, pues una cosa es una certificación expedida por la Oficina de Catastro, Planeación Departamental o Municipal para la determinación de las distancias, y otra bien distinta la certificación de la Oficina de Control de Medicamentos y de la Jefatura de Atención Médica, funcionarios que no tienen relación con Catastro o Planeación.

El Tribunal considera que el demandante debía acreditar la inexistencia de las Certificaciones mencionadas en la motivación del acto, siendo cierto que se demostró que el 1o. de septiembre de 1993 el Jefe de Planeación Municipal no autorizó la inauguración de la droguería, por no tener licencia de funcionamiento.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, no rindió concepto.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala habrá de revocar la sentencia apelada para disponer, en su lugar, que no hay lugar a un pronunciamiento de fondo, por las siguientes razones:

La Resolución sin número de 25 de mayo de 1993, es de contenido particular, individual y concreto, ya que por medio de ella se otorga una licencia de funcionamiento que había sido solicitada por el señor Ferney García Montoya para el establecimiento Drogas La Rebaja No. 2.

La demanda se instauró en ejercicio de la acción pública de nulidad, pero dicha acción no es procedente contra la resolución acusada, toda vez que, como lo ha venido sosteniendo reiteradamente esta sección desde el proveído de 2 de agosto de 1990 (expediente No, 1482, actor: Oswaldo Cetina Vargas, consejero ponente: doctor Pablo J. Cáceres Corrales), la acción de nulidad contra los actos de carácter particular solamente es procedente en los casos que expresamente ha señalado, y señale en el futuro, la ley, a saber: los actos electorales concretos (artículos 223 y ss. del C.C.A.), los contentivos de carta de naturaleza (artículo 221 *ibídem*), los de patentes (artículo 567 del C. de Co.), los de certificados de dibujos o modelos industriales (artículo 580 *ibídem*), lo de certificados de marca (artículo 596 ibídem), las resoluciones de expropiación (artículo 22 de la ley 9a. de 1989), las resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria –INCORA– (artículo 13 de la ley 135 de 1961), los actos mediante los cuales se expide, modifica o cancela un permiso, autorización, concesión o licencia ambiental de una actividad que afecte o pueda afectar el medio ambiente (artículo 73 de la ley 99 de 1993).

Es evidente que la Resolución sin número de 25 de mayo de 1993 que aquí impugna, no encuadra dentro de ninguno de los actos de carácter particular para los cuales el legislador ha previsto la posibilidad de su control jurisdiccional a través de la acción de nulidad.

También reiteradamente ha precisado la Sala que, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial, debe interpretarse la acción propuesta como de nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual es menester establecer si se dan o nó los presupuestos procesales para su ejercicio.

Ello no acontece en el caso *sub-examine* ya que el señor Amilcar Valbuena Camejo ni en la etapa gubernativa ni en la jurisdiccional acreditó interés jurídico alguno que le permitiera incoar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en el artículo 85 del C.C.A., por el cual, a la luz las disposiciones que gobiernan esta acción, tampoco puede estudiarse la demanda.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, y, en su lugar, se dispone: INHÍBESE para fallar el fondo del asunto.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DEL ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN
Salvó Voto

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración de la providencia de agosto 2 de 1990, expediente 1482, Ponente: Dr. Pablo J. Cáceres Corrales.

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA DRA. NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA ACTOS PARTICULARES-Requisitos

Mi discrepancia es con la tesis de la sentencia referida, en cuanto reitera que "la acción pública de nulidad procede contra todos los actos de contenido individual o particular sólo procede contra aquéllos respecto de los cuales la ley ha previsto de manera expresa su procedencia...", puesto que considero que la acción pública de nulidad procede contra los actos de contenido particular sin restricción a los casos expresamente previstos en la ley, siempre y cuando se den las siguientes condiciones: Que la posible declaratoria de ilegalidad del acto acusado no genere un restablecimiento automático del derecho que se dice violado, y, que en el curso del proceso, el juez disponga la integración del litis consorcio necesario pasivo para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso al titular de la situación jurídica creada con el acto de contenido particular.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente No. 2644. Actor: Amílcar Valbuena Camejo. Consejero Ponente: Doctor Ernesto R. Ariza Muñoz.

Con el debido respeto por el criterio mayoritario de la Sala, me permito exponer las razones que me llevan a salvar mi voto en el proceso de la referencia.

Mi discrepancia es con la tesis de la sentencia referida, en cuanto reitera que "la acción pública de nulidad procede contra todos los actos de contenido general, pero en relación con actos de contenido individual o particular solo procede contra aquéllos respecto de los cuales la ley ha previsto de manera expresa su procedencia...", puesto que considero que la acción pública de nulidad procede contra los actos de contenido particular sin restricción a los casos expresamente previstos en la ley, siempre y cuando se den las siguientes condiciones:

1o. Que la posible declaratoria de ilegalidad del acto acusado no genere un restablecimiento automático del derecho que se dice violado, y,

2o. Que en el curso del proceso, el juez disponga la integración del litis consorcio necesario pasivo para garantizar el derecho de defensa y el debido proceso al titular de la situación jurídica creada con el acto de contenido particular.

NUBIA GONZÁLEZ
Consejera de Estado

CAR-Funciones/**EMERGENCIA AMBIENTAL/MEDIDAS DE SEGURIDAD-**Naturaleza/**PRUEBAS DE OFICIO/PRUEBAS-**Costo

Para la Sala asiste razón a las demandantes ya que del contenido de las normas que se señalan como transgredidas claramente se advierte que sufragar los gastos que demande la práctica de una prueba pericial no constituye medida de emergencia ambiental alguna, entre otras razones, porque con ello no se cumple con el objetivo de prevenir o impedir que la ocurrencia de un hecho o la existencia de una situación atenten contra la salud pública. De otra parte, del parágrafo del artículo 207 del Decreto 1594 de 1984, se infiere, sin temor a equívocos, que en procedimiento administrativo referente a medidas sanitarias el que solicite una prueba es la persona que debe asumir la totalidad de los costos que demande su práctica. Este presupuesto se descarta en el evento del decreto oficioso de una prueba, como ocurre en el caso *sub-exámine*. Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a revocar la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la declaratoria de nulidad del acto acusado en cuanto impuso que el costo de la prueba pericial fuera sufragado a expensas de las demandantes, ya que, es del caso resaltar, que bien puede la Administración hacer uso de la facultad de decretar pruebas, sólo que no a expensas de la parte que no la solicitó.

ACTO ADMINISTRATIVO/ACTO DE TRÁMITE-Inexistencia/**JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO/COMPETENCIA**

El contenido del acto administrativo acusado revela claramente que la parte del supuesto de la existencia de una conducta merecedora de sanción, que se produjo un daño o contaminación en el río Coello y que las demandantes

son responsables del mismo, sólo que no se sabe a ciencia cierta la valorización económica de dicho daño ni cuál sería la medida a adoptar para restaurar la zona afectada. En estas circunstancias no puede afirmarse que se trate de un simple acto administrativo de trámite que busca sólo dar impulso a la actuación administrativa sino que, en la medida en que se fundamenta en las normas antes mencionadas para su expedición, en razón de los elementos descritos (conducta sancionable, daño y relación de causalidad entre aquélla y éste) y en cuanto manifiesta expresamente que adopta una medida de emergencia ambiental e impone una medida de seguridad, está estableciendo una carga económica a los administrados, que por lo mismo lo hace enjuiciable ante esta jurisdicción, por ser a este respecto definitivo, dado que ante la eventualidad de que el acto que ponga fin a la investigación administrativa en que él fue dictado les fuera favorable y que el pago ordenado fuere ilegal, no podrían obtener la devolución de lo indebidamente pagado, por cuanto se carecería de interés legítimo para accionar, ante la ausencia de un acto administrativo definitivo causante de un perjuicio, amén de que el estudio de la legalidad recaería sólo frente a éste y para la época en que se incoara la acción ésta estaría caducada.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3288. Recursos de apelación contra la sentencia de 21 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima. Actora: Sociedad Colgate Palmolive Cía. y otras.

Se decide los recursos de apelación oportunamente interpuestos por los apoderados de las sociedades Colgate Palmolive Cía, Colombiana Emulsificantes S.A. "COLEMUL S.A." y Transportes Camacho Compañía Calimar Limitada, contra la sentencia del 21 de febrero de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por la cual se denegaron las pretensiones de las demandas.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- Las sociedades COLGATE PALMOLIVE Y CÍA. COLOMBIANA DE EMULSIFICANTES S.A. "COLEMUR S.A." Y TRANSPORTES CAMACHO COMPAÑÍA CALIMAR LIMITADA, a través de apoderados y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A:, presentaron demandas ante el tribunal Administrativo del Tolima tendientes a obtener las siguientes declaraciones:

1a): Es nula la Resolución No. 1450 del 6 de agosto de 1993, "por lo cual se adopta una medida de emergencia ambiental y se impone una medida de seguridad", expedida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Tolima–CORTOLIMA–

2a): Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se libere a las demandantes de la obligación de realizar el estudio y peritazgo ordenado por el acto administrativo acusado; se declare que no están obligadas a sufragar suma alguna por tales conceptos; y en caso de haberse visto obligadas a hacerse dichas erogaciones, se ordene a la demandada reembolsar las sumas de dinero canceladas, ajustadas según lo previene el artículo 178 del C.C.A.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones adujeron, en síntesis los siguientes casos de violación:

1o): El acto acusado incurrió en falsas motivación, porque:

a): La imposición de una sanción por contaminación supone la demostración técnica de ésta, conforme se deduce del artículo 18 de la Ley 23 de 1973.

La Resolución acusada en el primero de sus considerandos afirma que se "produjo la contaminación en el río coello al derramarse allí en un 90% la carga que transportaba dicho vehículo", lo cual no es cierto. Por ello también se desconoció está disposición.

b): Se dice en el acto acusado que se está adoptando una medida de emergencia ambiental, invocando para ello las normas pertinentes del Decreto Nº 1594 de 1984. Pero ocurre que para la adopción de alguna de esas medidas es necesario que se presenten algunas de las causales señaladas en el referido Decreto o en la Ley 9ª de 1979, lo cual no se da en el presente caso.

c): A pesar de que la Resolución acusada afirma que adopta una medida de emergencia ambiental e impone una medida de seguridad, se apoya en el numeral 3º del artículo 175 del Decreto Nº 1681 de 1978 que consagra una contravención o conducta prohibida contra el medio ambiente que da lugar a la imposición de una sanción y no una medida de seguridad.

Además, no es cierto que Colgate Palmolive Cía. haya incurrido en la conducta tipificada en la norma en comento. Una cosa es que el producto despachado a ella hubiera causado una eventual contaminación y otra muy diferente que dicha sociedad por intermedio de sus empleados, agentes o representantes hubiera arrojado deliberadamente sustancias que pudieran causar daño a la vida acuática.

Por lo anterior también se violó, por aplicación indebida, la citada disposición.

d): Pero resulta sorprendente que la Administración parta del supuesto fáctico que el producto químico derramado es tóxico para las especies hidrobiológicas, el recurso hídrico y la vida humana y animal, cuando ello no tiene soporte probatorio.

2o): Si se aceptara que el acto acusado no está imponiendo una sanción sino una medida de seguridad se estaría violando el artículo 176 del Decreto No. 1594 de 1984,

porque dicha norma no contempla como medida de emergencia la realización de un peritazgo, luego mal puede la Administración adoptar medidas no previstas en la ley so pena de incurrir en extralimitación de funciones.

3o): Se transgredieron los artículos 177 y siguientes del Decreto No.1681 de 1978 porque es apenas obvio que para imponer las medidas ha debido la Administración cumplir con tales disposiciones. La demandada confunde medidas de emergencia con sanciones por infracción al Código de Recursos Naturales y lo más grave es que en este caso no se ha dado causal alguna para aplicar dichas medidas.

4°): Se violaron los artículos 2341 y siguientes del Código Civil, 1° y 7° del Decreto Ley 2811 de 1974, 18 de la Ley 23 de 1973 y 175 y 176 de Decreto N° 1681 de 1.978, porque es axioma de la legislación colombiana proscribir todo tipo de responsabilidad objetiva y la noción de culpa no puede ser extraña a la responsabilidad que se impute a un particular por una eventual contaminación, ya se trate de culpa probada o presunta por el ejercicio de una actividad peligrosa.

5°): La demanda no tiene competencia para exigir la cuantificación económica de los daños ocasionados en acueductos y canales de riego, con fundamento en el artículo 80 de la Constitución Política, porque está función compete a las autoridades jurisdiccionales.

6°): Se violaron los artículos 981 y siguientes y 1008 y siguientes del Código de Comercio por que COLEMUL S.A. no es parte en el contrato de transporte ya que el transporte estuvo a cargo de TRANSPORTES CAMACHO COMPAÑIA CALIMAR LIMITADA y pagado por Colgate Palmolive Cía. COLEMUL S.A. lo que hizo fue cumplir las instrucciones de Colgate Palmolive Cía en el sentido de entregar el producto químico a TRANSPORTES CAMACHO CALIMAR LIMITADA.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 21 de Febrero de 1995 que fue oportunamente apelada por los apoderados de las sociedades Colgate Palmolive Cía, Colombiana de Emulsificantes S.A. "COLEMUL S. A." y Transportes Camacho Compañía Calimar Limitada.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para denegar las pretensiones de las demandas el *a-quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1°): Podría pensarse, en principio, que el acto administrativo acusado es ilegal por que no contiene estrictamente una medida de emergencia ambiental y de seguridad, como demandan los artículos 31 del Decreto Ley 2811 de 1974 y 176 del Decreto No. 1594 de 1984. Sin embargo, la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA- podía decretar el peritazgo por tener competencia para ello y aunque lo denominó impropiamente medida de emergencia ambiental y lo impuso como medida de seguridad, no le quita valor a la Resolución acusada por que hay que entender que esta prueba la

ordenó de oficio para tomar las medidas provisionales o las sanciones a que hubiere lugar por el derrame del ácido en las aguas del río Coello, máxime cuando fue decretado dentro del expediente 1402 T 7 por infracción a los recursos hidrobiológicos donde se tiene como presuntas infractoras a las demandantes.

2°): Teniendo por finalidad el acto ordenar un peritazgo para determinar en forma científica o técnica daños provisionales o definitivos a los recursos hidrobiológicos, no era susceptible de recurso alguno, por mandato del C. de P. C., y los costos de la prueba debían ser asumidos por las presuntas infractoras.

3°): La Resolución acusada no está imponiendo sanción ni definiendo los perjuicios causados al ecosistema sino ordenando un peritazgo técnico que determine y evalúe las medidas que deben aportarse a fin de restaurar o recuperar la zona afectada con el derrame del ácido duodecilbenceno sulfónico en el río Coello.

4°): No pudiendo entrar el Tribunal a calificar o apreciar el estudio ecológico elaborado por la sociedad Estudios Ecológicos Ltda, que se anexa en las demandas, por no ser material de controversia en este caso, se debe interpretar que el peritazgo decretado busca es definir técnicamente si en verdad hubo daño a los recursos naturales renovables y al medio ambiente, sin que se entienda que se impuso sanción.

5°): La prueba pericial en las investigaciones referentes a la protección de los recursos naturales no está prohibida por la ley.

III.- FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

A): POR PARTE DE LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE EMULSIFICANTES S.A. "COLEMUL S.A.".

Los motivos de inconformidad de dicha sociedad pueden sintetizarse así:

1°): La medida de emergencia ambiental y de seguridad contenida en el acto acusado tiene todas las características de una sanción , y la ley no lo contempla como tal, presentándose una clara ilegalidad que hace imperioso declarar su nulidad.

2°): Si la intención de la demandada hubiese sido la de decretar un peritazgo, así lo habría manifestado y no se habría puesto en la molestia de fundamentar legalmente lo que en realidad quería decidir, que no era otra cosa que imponer una medida de emergencia y de seguridad, que constituye per se una sanción .

3°): Ninguna responsabilidad le asista a COLEMUL S.A. en el hecho del vertimiento y sus consecuencias, por la potísima razón de no haber sido dicha sociedad quien dispuso el transporte, no haber contratado el carrotanque y, lo más importante, no ser la propietaria del producto pues solamente lo sometió a un proceso en su planta de producción para transformarlo químicamente.

B): POR PARTE DE LA SOCIEDAD COLGATE PALMOLIVE CÍA:

Los motivos de discrepancia de esta parte de la sentencia apelada pueden sintetizarse así:

1°): El acto acusado está falsamente motivado porque la Administración dio por establecido que se produjo la contaminación del río Coello al haberse derramado la carga de propiedad de Colgate Palmolive Cía, hecho este que no está probado y, por el contrario, aparece desvirtuado. No obstante ello el tribunal no se pronunció frente a este cargo.

2°): El Tribunal reconoce que el acto administrativo no es estrictamente una medida de emergencia ambiental y de seguridad pero inexplicablemente no decreta su nulidad.

3°): El acto impugnado no se limitó simplemente a ordenar la práctica de una prueba sino que es una verdadera medida de emergencia ambiental por lo cual condena a las sociedades involucradas en él a asumir el costo de un peritazgo sobre presuntos daños ambientales.

C): POR PARTE DE LA SOCIEDAD TRANSPORTES CAMACHO COMPAÑÍA CALIMAR LIMITADA:

Los argumentos de incorformidad de esta sociedad con la sentencia recurrida pueden resumirse así:

Si como lo afirma el Tribunal "si bien los argumentos dados en el acto administrativo no son los adecuados a lo ordenado en el mismo....", ha debido entonces decretar su nulidad.

A pesar de estar demostrado el carácter sancionatorio que tiene la Resolución acusada el tribunal afirma que él simplemente ordena un peritazgo y que ello no es sanción.

Decretar pruebas a costa de otros, exigir el pago de un perito a quien no lo ha designado, no puede liberarse del carácter de sanción.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado considera, en primer término, que si bien es cierto que el acto acusado no pone fin a la actuación administrativa ni es el sancionatorio definitivo, sí impone una carga a un administrado frente a la cual de éste no dispondría de medio de defensa alguno, lo que lo hace enjuiciable, a pesar de ser trámite.

En cuanto al fondo del asunto, estima que debe decretarse la nulidad del acto administrativo acusado por cuanto éste impuso una medida de seguridad no prevista en el artículo 176 del Decreto No. 1594 de 1984. Además que del texto del parágrafo del artículo 207 *ibídem* no se observa que la Administración tenga la facultad de imponer al particular la obligación de asumir la totalidad de los costos que demande la práctica de pruebas.

Como consecuencia de lo anterior debe declarase que las demandantes no están obligadas a asumir el costo de la prueba en mención. Como no aparece constancia en el expediente de que se hubiera efectuado pago alguno no es procedente acceder a la pretensión de reintegrar suma de dinero por este concepto.

En lo que toca con la solicitud de que se libere a las demandantes de realizar el estudio y peritazgo ordenado en el acto acusado es improcedente en la medida en que éste únicamente impuso la obligación de "sufragar los gastos".

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En la parte motiva de la Resolución No. 1450 de 6 de agosto de 1993 "por la cual se adopta una medida de emergencia ambiental y se impone una medida de seguridad", expedida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Tolima - CORTOLIMA-, se expresa lo siguiente :

Que el día 4 de mayo de 1993 en las horas de la tarde, se produjo un accidente del vehículo de placas YAB 015, afiliado a la Empresa Transportes Camacho Compañía Calimar Limitada, en la vía que de Ibagué conduce a Cajamarca y como consecuencia del mismo se derramaron 32.000 kilogramos de ácido duodecilbenceno sulfónico (sulfonil 97), produciéndose la contaminación del río Coello y originándose gran daño a las especies hidrobiológicas, el recurso hídrico y la vida animal y humana.

Que existe incertidumbre sobre los efectos ambientales del producto y el alcance del daño, su persistencia y las medidas de carácter técnico y científico que deben adoptarse para eliminarlo o mitigarlo.

Que la causa probable del accidente fue la impericia del conductor.

Que se oyó en descargos a los representantes legales de las sociedades involucradas.

Que a pesar Colgate Palmolive Cía. la propietaria del producto no ha mostrado interés en resarcir el daño o compensar el perjuicio causado, lo cual no le sirve de atenuante conforme al artículo 211 literal d) del Decreto No. 1594 de 1984.

Con apoyo en los artículo 31 del Decreto Ley 2811 de 1974, 175 numeral 3o. del Decreto No. 1681 de 1978 y 185 del Decreto No. 1594 de 1984, dispuso en su parte resolutiva lo siguiente:

Exigir a las sociedades demandantes sufragar los gastos de un peritazgo que determine los daños presentes y futuros causados a los elementos ambientales, a los recursos hidrobiológicos y a los bienes de uso público (acueductos y canales de riego), que se produjeron con ocasión del accidente del día 4 de mayo de 1993.

Que el estudio debe incluir la valoración económica de los daños presentes y futuros producidos por el derrame del ácido duodecilbenceno sulfónico y las medidas que deben adoptarsen para restaurar y recuperar la zona afectada con el derrame de dicho ácido.

Las normas antes referidas, son del siguiente tenor:

Artículo 31 del Decreto Ley 2811 de 1974:

"En accidentes acaecidos o que previsiblemente puedan sobrevenir, que causen deterioro ambiental, o que de otros hechos ambientales que constituyan peligro colectivo, se tomarán las medidas de emergencia para contrarrestar el peligro".

Artículo 175 del Decreto No. 1681 de 1978:

"Por considerarse que atentan contra los recursos hidrobiológicos y su ambiente, se prohiben las siguientes conductas:

.....

3) Arrojar a un medio acuático permanente o temporal, productos, sustancias o desperdicios que puedan causar daño a la vida acuática en general y a sus criaderos en particular".

Artículo 185 del Decreto No. 1594 de 1984:

"Las medidas de seguridad tienen por objeto prevenir o impedir que la ocurrencia de un hecho o la existencia de una situación atenten contra la salud pública. La competencia para su aplicación la tendrán el ministro de salud, los jefes de los servicios seccionales de salud y los funcionarios que, por la decisión de uno u otros, cumplan funciones de vigilancia y control en el medio del presente decreto".

El contenido del acto administrativo acusado revela claramente que el parte del supuesto de la existencia de una conducta merecedora de sanción, que se produjo un daño o contaminación en el río Coello y que las demandantes son responsables del mismo, sólo que no se sabe a ciencia cierta la valorización económica de dicho daño ni cual sería la medida a adoptar para restaurar la zona afectada.

En estas circunstancias no puede afirmarse que se trate de un simple acto administrativo de trámite que busca sólo dar impulso a la actuación administrativa sino que, en la medida en que se fundamenta en las normas antes mencionadas para su expedición, en razón de los elementos descritos (conducta sancionable, daño y relación de casualidad entre aquélla y éste) y en cuanto manifiesta expresamente que adopta una medida de emergencia ambiental e impone una medida de seguridad, está estableciendo una carga económica a los administrados, que por lo mismo lo hace enjuiciable ante esta jurisdicción, por ser a este respecto definitivo, dado que ante la eventualidad de que el acto que ponga fin a la investigación administrativa en que él fue dictado les fuere favorable y que el pago ordenado fuere ilegal, no podrían obtener la devolución de lo indebidamente pagado, por cuanto se carecería de interés legítimo para accionar, ante la ausencia de un acto administrativo definitivo causante de un perjuicio, amén de que el estudio de la legalidad recaería sólo frente a éste y para la época en que se incoara la acción ésta estaría caducada.

Es del caso, pues, analizar los cargos que se endilgan al acto enjuiciado.

Las sociedades actoras afirman que hubo aplicación indebida de las normas pertinentes del Decreto No. 1594 de 1984 y que se violó el artículo 176 ibídem así como los artículos 177 y siguientes del Decreto No. 1681 de 1978.

Según el artículo 176 del Decreto No. 1594 de 1984 "...son medidas de seguridad las siguientes: la clausura temporal del establecimiento, que podrá ser total o parcial, la suspensión parcial o total de trabajos o servicios, el decomiso de objetos y productos , la destrucción o desnaturalización de artículos o productos si es el caso y la congelación o suspensión temporal de la venta o empleo de productos y objetos mientras se toma una definición al respecto":

Conforme al artículo 177 del Decreto No. 1681 de 1978. "A los infractores de las conductas relacionadas en el artículo 175 de este Decreto, se les impondrán las sanciones previstas en el artículo 18 de la Ley 23 de 1973, en la siguiente forma: 1) Amonestación. 2) Multas sucesivas hasta de quinientos mil pesos ($500.000) para lo cual se establecen las siguientes cuantías...".

Para la Sala asiste razón a las demandantes yá que del contenido de las normas que se señalan como transgredidas claramente se advierte que sufragar los gastos que demande la práctica de una prueba pericial no constituye medida de emergencia ambiental alguna, entre otras razones, porque con ello no se cumple con el objetivo de prevenir o impedir que la ocurrencia de un hecho o la existencia de una situación atenten contra la salud pública.

De otra parte, del parágrafo del artículo 207 del Decreto No. 1594 de 1984 se infiere, sin temor a equívocos, que en el procedimiento administrativo referente a medidas sanitarias el que solicite una prueba es la persona que debe asumir la totalidad de los costos que demande su práctica. Este presupuesto se descarta en el evento del decreto oficioso de una prueba, como ocurre en el caso *sub-exámine.*

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a revocar la sentencia apelada, para disponer, en su lugar, la declaratoria de nulidad del acto acusado en cuanto impuso que el costo de la prueba pericial fuera sufragado a expensas de las demandantes, ya que, es del caso resaltar, que bien puede la Administración hacer uso de la facultad de decretar pruebas, sólo que no a expensas de la parte que no la solicitó.

Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, debe declararse que las demandantes están liberadas de la carga procesal impuesta y en caso de haber sufragados tales costos, deberá la Administración devolverles la suma de dinero pagada en forma actualizada, con base en la certificación expedida por el DANE sobre índice de precios al consumidor.

No se accederá a la pretensión consistente en que se les libere a las actoras de realizar el estudio y peritazgo ordenado ya que, como se dijo anteriormente, bien

puede la Administración hacer uso de la facultad que posee para decretar pruebas de oficio.

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone:

1o): DECLÁRASE la nulidad de la Resolución No. 1450 de 6 de agosto de 1993. "Por lo cual se adopta una medida de emergencia ambiental y se impone una medida de seguridad", expedida por el Director General de la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA-, en cuanto impuso que el costo de la prueba pericial fuera sufragado a expensas de las demandantes.

2o): Como consecuencia de la declaratoria anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que las actoras no están obligadas a sufragar costo alguno que demande la práctica de la prueba pericial ordenada y en caso de haber hecho erogación por tal concepto, deberá la Corporación Autónoma Regional del Tolima -CORTOLIMA- reintegrar dicho valor, en forma actualizada, conforme al índice de precios al consumidor certificado por el DANE.

3o): DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 24 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

SISTEMA FINANCIERO-Estructura General/**ESTABLECIMIENTOS DE CRÉDITO-**Clases/**ENTIDADES ASEGURADORAS-**Clases/**INTERMEDIARIOS DE SEGUROS-**Normas Aplicables/**INTERMEDIARIOS DE SEGUROS-**Entidades Especializadas/**COLOCACIÓN DE SEGUROS-**Actividad de Intermediación

Establecido que los intermediarios de seguros son entidades especializadas, resta por definir si la colocación de seguros hace parte de la intermediación o es diferente a ella, y si de ser cierto lo primero, puede decidirse que la colocación de seguros hace parte efectivamente del objeto principal de los intermediarios de seguros. De conformidad con el artículo 40 del Decreto 663 de 1993, los intermediarios de seguros son: Los corredores de seguros cuyo objeto social es exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador. Los agentes colocadores de pólizas de seguros y de capitalización que son las personas naturales que promueven la celebración de contratos de seguro y de capitalización y la renovación de los mismos. El objeto social de los corredores es ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación. Si bien es cierto que dicha norma se refiere a los corredores de seguros como personas jurídicas, no lo es menos que el artículo 40 también se refiere a los agentes colocadores de seguros como personas naturales. El ofrecimiento y la promoción de los seguros, tiene precisamente como objetivo final su colocación, toda vez que es en ella donde se materializa la tarea del intermediario, esto es, la celebración del contrato entre la compañía aseguradora y el tomador. Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a la conclusión de que el precepto acusado si viola las normas consideradas como infringidas, pues encontrándose establecido que la colocación de seguros es el resultado final

que pretende los intermediarios a través de su actividad de promoción y ofrecimiento, actividad reservada a estos, mal pueden los establecimientos de crédito ejercerla, cuando corresponde a los intermediarios de seguros como entidades especializadas que son.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3110. Actor: Federación Nacional de Productores de Seguros - Fenalprose.

Procede la sección primera a dictar sentencias de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar al proceso de la referencia, instaurada por la Federación Nacional de Productores de Seguros - Fenalprose, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 5°, del Decreto No. 2423 de 7 de diciembre de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, por el cual se autorizan nuevas operaciones de los establecimientos de crédito y se modifican unas regulaciones sobre plazos".

ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

El artículo 5o. del Decreto No. 2423 de 1993 dispone:

"Artículo 5o. Nuevas operaciones de los establecimientos de crédito. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, los establecimientos de crédito podrán colocar ciertamente seguros en sus redes de oficinas, previa la celebración de los convenios a que haya lugar y siempre y cuando sean pólizas que a juicio de la Superintendencia Bancaria, tengan características y condiciones que las hagan idóneas para su comercialización masiva".

b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

La actora considera que con la expedición del acto acusado se violaron el parágrafo 1° del artículo 3° de la Ley 35 de 1993 y el artículo 48 del Decreto No. 663 del mismo año, por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 12 a 17):

Del texto de las anteriores normas se desprende que el Gobierno en uso de las facultades de intervención no puede libremente autorizar cualquier tipo de nuevas operaciones a las entidades financieras y aseguradoras, sino que por el contrario debe ajustarse a los parámetros impuestos en la Ley 35 de 1993, recogidos en el Decreto No. 663 de 1993, uno de los cuales (artículo 48) señala que no podrán autorizarse operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas.

En consecuencia, el Gobierno Nacional al expedir la norma atacada, faculta a los establecimientos de crédito para colocar directamente seguros, siendo que esta función corresponde al objeto principal de entidades especializadas.

En efecto, de acuerdo con el Decreto No. 663 de 1993, dentro de las entidades que conforman el sistema financiero y asegurador están los intermediarios de seguros (literal e del artículo 1o.), de los cuales en Colombia existen tres clases:

a) Los corredores de seguros, cuyo objeto social es exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador (artículo 40 del Decreto No. 663 de 1993):

b) Los agentes colocadores de pólizas de seguros, que son las personas naturales que promueven la celebración de dichos contratos y su renovación, en relación con una o varias compañías (numeral 1° artículo 41 *ibídem*):

c) Las agencias de seguros, también denominadas agencias colocadoras de seguros (numerales 3o. y 4o., artículo 41 *ibídem*), dentro de cuyas facultades está la de promover la celebración de contratos de seguros por sí mismas o por medio de agentes colocadores (literal d), artículo 42 *ibídem*).

Se concluye entonces que los intermediarios de seguros son aquellas entidades que sin expedir pólizas de seguros, función restrictivamente establecida para las compañías de seguros (artículo 38 de Decreto No. 663 de 1993), se encargan de poner en contacto a las partes del contrato de seguros para que el mismo celebre. Esta función es especializada de tales compañías, pues son las únicas que están autorizadas para realizarla de conformidad con el artículo 2o. de Decreto 2605 de 1993.

La única interpretación plausible de la norma acusada es la de que mediante la misma se autoriza a los establecimientos de crédito para que en sus oficinas, previo convenio con las compañías de seguros, pongan en contacto a éstas con los posibles tomadores. En tales circunstancias, los establecimientos de crédito buscan promover la celebración del respectivo contrato de seguro, función que se identifica con las que corresponden al objeto principal de los intermediarios de seguros. Como se indicó anteriormente.

Es tan estrecha la relación que existe entre la "colocación de seguros" y la actividad principal que ejercen los intermediarios en seguros, que la primera ha entrado a formar parte del nombre de algunos intermediarios de seguros. Así, se encuentra que unos intermediarios son llamados "agentes colocadores de seguros" (artículo 94 de Código Laboral y 41 numeral 4o., del Decreto No. 663 de 1993), y otros "agencias colocadoras de seguros" (artículos 41 numeral 4o. del Decreto No. 663 de 1993 y 2o., del Decreto No. 2605 del mismo año). La misma función no es ajena a los corredores de seguros según se desprende de la lectura del artículo 3.2.4.0.6. del Decreto No. 1730 de 1991, en el que se establece como causal de suspensión para los corredores, las agencias y los agentes de seguros, "la colocación de un seguro bajo un plan distinto al ofrecido".

En resumen, el artículo 5° del Decreto No. 2423 de 1993 autoriza a los establecimientos de crédito para ejercitar una función que corresponde al objeto principal de los intermediarios de seguros, entidades que además son especializadas en dicha función por formar parte de su objeto social, restringiendo su ámbito de capacidad jurídica (artículo 99 de Código de Comercio) y configurándose así la violación a las normas en las cuales ha debido fundarse el Gobierno al expedirlo.

c.- Las razones de la defensa

1.- Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 182 a 184 y 266 a 273):

No es exacto afirmar, como lo hace el demandante, que lo intermediarios de seguros sean entidades especializadas. Pues dicha noción tiene en el derecho financiero colombiano una connotación especifica, cuyo recto entendimiento surge del análisis sistemático del conjunto de la regulación financiera y aseguradora.

La especialización a que se refiere el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero es una noción legal que se predica exclusivamente de las entidades que se definen en estricto sentido como financieras y aseguradoras. Este no es el caso de los intermediarios de seguros, como se infiere, entre otras normas, de los artículos 90 de la Ley 45 de 1990 y 11 de la Ley 35 de 1993.

El actor pretende hacer radicar la especialización en la palabra "exclusivamente" que emplea el artículo 40 numeral 1° del Estatuto señalado, pero cabe recordar que disposiciones tales como el artículo 87 de la Ley 100 de 1993, el Decreto No. 1486 de 1994 y el propio Estatuto Orgánico Financiero en su artículo 41, entre otras normas, autorizan a los intermediarios de seguros a actuar en temas como la seguridad social y pensiones, la medicina prepagada y la capitalización. De esta manera, a pesar de la expresión "exclusivamente", el objeto de los intermediarios de seguros no es en absoluto exclusivo, por querer de la misma Ley.

Si los intermediarios de seguros no son entidades especializadas, mal puede darse la violación endilgada que descansa sobre el supuesto de asignar a los establecimientos de crédito una operación propia del objeto de aquéllas que la ley llama entidades especializadas.

De otra parte, tampoco es cierto que la colocación de seguros sea una actividad exclusiva del objeto de los intermediarios de seguros, pues esta hace relación a la entrega de la póliza al tomador del seguro una vez suscrita por el asegurador. Esta actividad no es exclusiva de los intermediarios de seguros, pues de aceptarse dicha tesis se llegaría al absurdo de que las compañías de seguros no podrían entonces colocar por si mismas las pólizas que expiden.

Lo peculiar de la labor de los intermediarios de seguros es poner en contacto al tomador y a la compañía de seguros para que celebren el contrato. Esta peculiaridad difiere

sensiblemente de la labor puramente instrumental que desarrollan los establecimientos de crédito en la actividad "banca-seguros" prevista en la norma demandada, lo cual no viene a ser otra cosa que una modalidad directa que hacen las compañías de seguros, que por sus propias características sólo cabe respeto de pólizas estandarizadas y aptas para su comercialización masiva.

No existe violación de las normas acusadas, pues el artículo 5° del Decreto 2423 de 1993 no autorizó a los establecimientos de crédito una operación propia del objeto de entidades especializadas, por las siguientes razones:

a) Porque los intermediarios de seguros si bien son parte del sistema financiero y asegurador (artículo 1° del Decreto No. 663 de 1993), no son entidades financieras ni aseguradoras, pues el mismo Estatuto en su artículo 5° diferencia entre entidades aseguradoras e intermediarios de seguros. Lo anterior no es novedad pues ya la ley 45 de 1990 en su artículo 90 había excluido de manera expresa a los intermediarios de seguros, calificando a las entidades aseguradoras como instituciones financieras.

b) Porque la especialización sólo es predicable de las entidades financieras o aseguradoras.

Los intermediarios de seguros no son sujetos especializados, no pudiendo entonces vulnerarse la restricción de respetar una especialización inexistente de ellos. De ahí que la norma acusada sea por este aspecto totalmente legal.

De otro lado, el demandante arguye como una característica de la especialidad, la exclusividad, olvidando que el objeto de los intermediarios de seguros no es exclusivo.

Si bien el objeto principal de los intermediarios de seguros en principio han sido determinado por las normas que invoca el actor, algunas normas posteriores que éste deja de lado los han facultado para actuar en campos distintos de la simple intermediación de seguros.

En consecuencia, no es válido fundamentar la especialización de los intermediarios de seguros en la palabra "exclusivamente" que consigna el artículo 40 del Estatuto Orgánico Financiero, por cuanto disposiciones como el artículo 287 de la Ley 100 de 1993, el artículo 13 del Decreto No. 1486 de 1994 en concordancia con el decreto No. 720 del mismo año y el artículo 41 del Decreto No. 663 de 1993, facultan a los intermediarios de seguros a actuar respectivamente en las áreas de seguridad social y pensiones, medicina prepagada y capitalización.

La capacidad de los intermediarios no se restringe a la realización de las actividades contempladas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, ni mucho menos a la colocación de pólizas. Por el contrario, comparten con otros sujetos la realización de actividades en ámbitos distintos, con lo cual se ratifica la ausencia de exclusividad en su objeto.

El actor es incongruente en su argumento al manifestar que existe otra vía para que los establecimientos bancarios coloquen seguros, pues con ello significa que la colocación de seguros no es la actividad especializada de los intermediarios de seguros.

c). La colocación de seguros es distinta de la intermediación de seguros. De hecho, la colocación de seguros puede darse con o sin intermediación de seguros, siendo en este ultimo caso, sólo una parte de dicha intermediación. Por lo tanto, los establecimientos de crédito no están realizando una actividad igual o similar a la de los corredores, agentes o agencias.

La intermediación es una actividad compleja que exige capacidad para crear un valor agregado a los productos de seguros. Los intermediarios promueven de manera continúa la realización de contratos de seguros; para tal fin ofrecen al público interesado servicios de asesoría y consulta e identifican de las necesidades particulares que les permitan adaptar las pólizas a los requerimientos de cada cliente.

Los intermediarios de seguros realizan una actividad profesional que implica gestiones no sólo de tipo comercial sino técnico.

La noción de intermediación no se reduce a la colocación, la cual es una simple actuación instrumental en la distribución de las pólizas. Aunque los intermediarios de seguros en desarrollo de su actividad coloquen las pólizas, no puede afirmarse que la colocación de seguros defina y comprenda la totalidad y funciones de éstos.

La banca-seguros consiste en que el establecimiento de crédito coloca entre sus clientes la póliza de seguros estandarizada (jamás adaptada a las necesidades peculiares del asegurado), ya preparada por la compañía de seguros y autorizada por la Superintendencia Bancaria. Su papel se limita a diligenciar el nombre del asegurado y los datos mínimos de la póliza según la instrucción que previamente la ha impartido la compañía de seguros. Por eso cabe preguntarse, dónde esta la intermediación en este proceso?

Adicionalmente, si los establecimientos de crédito realizaran la actividad de intermediación, habría que aceptar que éstos tienen la facultad de inspeccionar riesgos, intervenir en salvamentos, contratar por cuenta propia agentes colocadores (artículo 42 del Decreto No. 663 de 1993), todo lo cual resulta imposible de atribuir a dichos establecimientos a partir de lo dispuesto en la norma demandada.

La actividad de los establecimientos de crédito no tiene el mismo alcance ni significado que la realizada por los intermediarios. De llegar a otra conclusión, se aceptaría erróneamente que la actividad única y exclusiva de los intermediarios de seguros, no es otra que la gestión material consistente en la entrega de pólizas, olvidando las gestiones de índole técnica y comercial que la intermediación implica.

La colocación de seguros al igual que la intermediación, no constituye una operación especializada, por cuanto la colocación de pólizas es una actividad autorizada a las

compañías aseguradoras, quienes pueden realizar la actividad bien en forma directa, bien por conducto de unos representantes que libremente escogen.

2. De la Unión de Aseguradores Colombianos - Fasecolda (fls. 148 y 149 y 219 a 239):

En su calidad de impugnante, a través de apoderado, solicita que se tenga en cuenta los argumentos esgrimidos en la interposición del recurso de reposición contra la providencia que decreto la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, agregando que el mismo no se encuentra afectado de nulidad, habida cuenta de que a través de dicho decreto en caso alguno se procedió a autorizar a los establecimientos de crédito operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas, fundamentalmente por tres razones:

a) Por cuanto la colocación de seguros, rectamente entendida, no corresponde al objeto principal de los intermediarios de seguros;

b) En consideración y que los señalados intemediarios no son entidades especializadas y;

c) En atención a la labor financiera, aseguradora y demás actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público (artículo 46. Decreto 663 de 1993).

De conformidad con el artículo 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, tanto las entidades aseguradoras como los intermediarios de seguros forman parte inescindible del sistema financiero. Estos últimos a su vez forman del sistema asegurador, según inequívoca denominación legal (artículo 1°); no en vano el rotuló del artículo 5° *ibídem:* "Entidades aseguradoras e intermediarios".

Tantos intermediarios de seguros y reaseguros como entidades aseguradoras forman parte del sistema asegurador o de la actividad aseguradora con funciones propias, según se desprende de la preceptiva contenida en el Decreto 663 de 1993, en concordancia con otras disposiciones aplicables, tales como la consignada en el numeral 10° del artículo 20 del C. de Co., "Son mercantiles para todos los efectos legales:... 10. Las empresas de seguros y la actividad aseguradora", norma que con toda precisión extiende esta actividad mas allá de la simple asunción de riesgos por parte de la empresa de seguros.

Ahora bien, los intermediarios de seguros no son entidades especializadas, habida cuenta que especializar, de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española es "Cultivar con especialidad una rama determinada de una ciencia o arte" y a su turno especialidad es "...Rama de una ciencia, arte o actividad cuyo objeto es una parte limitada de las mismas ...". Por ley, tanto los agentes y agencias de seguros tienen un radio de acción amplio y por ende, un objeto social múltiple, el cual conspira con el verdadero significado y alcance del vocablo especializado.

En efecto los intermediarios de seguros en desarrollo de su objeto social no sólo están legitimados para ejercer la intermediación en la esfera asegurativa, sino que adicionalmente cuentan con la autorización *"ex lege"* de operar válidamente en diferentes ámbitos y actividades: en el campo de la capitalización (artículo 41 Decreto 663 de 1993); en el campo de la seguridad social (artículo 287 ley 100 de 1993 y Decreto 720 de 1994); en el campo de la medicina prepagada (Decreto 1486 de 1994) y en otros campos demarcados previamente en el artículo 33 del Decreto 837, en lo pertinente.

Las agencias y los agentes de seguros no tienen un objeto o actividad exclusivo. Muy por el contrario, son entidades aptas para desarrollar múltiples actividades independientes las unas de las otras y jurídicamente ajenas entre sí, lo cual impide catalogarlas como especializadas en determinada función, actividad o rama.

De otra parte, las compañías de seguros en desarrollo de su objeto social pueden celebrar directamente contratos de seguro con los respectivos tomadores, sin que sea indispensable para la producción o gestación de los efectos jurídicos pertinentes. La intervención de una agencia, o agente corredor en consideración a que ella es realmente una facultad connatural a la explotación de su objeto. En consecuencia, la labor de los intermediarios, aún cuando importante, especialmente frente a determinados seguros muy peculiares y complejos, no es en manera alguna imprescindible u obligatoria. Si ellos fueran realmente especializados, la entidad aseguradora no podría por sí misma promover válidamente la celebración de contratos y propender por su renovación, por cuanto invariablemente debería acudir a estos comerciantes.

De conformidad con el artículo 48 del Decreto 663 de 1993, los intermediarios de seguros tampoco pueden considerarse como entidades especializadas, habida cuenta de que el literal a) alude a entidades especializadas, donde resulta lógico entender que dicha especialización se refiere a las entidades financieras y aseguradoras. Si bien aquellos forman parte del sistema asegurador y de suyo de la actividad aseguradora, no son entidades financieras ni entidades aseguradoras, sujetos estos dueños de una estructura, organización y cometidos bien diversos y disímiles (artículos 1°. 2°. y 5° del Estatuto Orgánico).

El artículo 48 proscribe que el Gobierno Nacional autorice operaciones inmersas en el objeto principal de las entidades especializadas, esto es, de las entidades financieras y aseguradoras, v. gr: autorizar a un establecimiento de crédito (establecimientos bancarios, corporaciones de ahorro y vivienda, etc.) a "asumir riesgos" bien por la vía seguro directo, bien por la vía del reaseguro o autorizar a una entidad aseguradora o descontar y negociar los pagarés, giros, letras de cambio y otros títulos de deuda, operaciones exclusivas de los establecimientos de crédito.

Es tan cierto lo anterior, que ninguno de los ocho (8) literales del artículo 48 se refiere directa o indirectamente a los intermediarios de seguros y si en cambio a las entidades financieras y aseguradoras.

El artículo 5° del decreto 2423 de 1993 no autorizó a los establecimientos de crédito operación alguna inherente al objeto principal de las entidades aseguradoras, cual es asumir riesgos, razón por la cual no se puede pretextarse válidamente su nulidad. Entre colocar seguros y asumir riesgos, existe una acentuada y profunda diferencia.

Frente a los establecimientos de crédito y los intermediarios de seguros deben hacerse las siguientes distinciones:

a.- Conforme lo establece la norma demandada los establecimientos de crédito únicamente pueden colocar seguros susceptibles de comercialización masiva, v. gr: seguro de automóviles, por oposición al seguro de rotura de maquinaria o de aviación, dueños de una naturaleza diferente que, de ordinario exige un complejo y dispendioso proceso de negociación previo, a la vez que asesoramiento calificado y profesional por parte del corredor o de la agencia de seguros. Por el contrario, los intermediarios de seguros no están sujetos a la interior limitación, pues ellos pueden operar en todos los ramos, sean o no seguros de comercialización masiva.

b.- A los intermediarios de seguros se les exige precisas e invariables condiciones de idoneidad, precisamente en el campo de los conocimientos cosustanciales a su labor. A los establecimientos de crédito no se les hace análoga esta exigencia. Por ello no se les puede considerar como profesionales en el ramo, nota cualificadora y determinante de la intermediación.

c.- El establecimiento de crédito según lo impera la norma impugnada, es seleccionado por el asegurador mientras que el intermediario, en tratándose de seguros tomados por entidades financieras, siempre es escogido por los tomadores y asegurados (artículo 100 Decreto 663 de 1993).

d.- El establecimiento de crédito, en estricto sentido, no realiza funciones propias e inmanentes a la intermediación, tales como el acercamiento de tomadores y aseguradores y el asesoramiento técnico-financiero requerido por el asegurado. Simplemente pone a su disposición la red financiera con miras a que el asegurador la utilice. La entidad aseguradora no renuncia a realizar las labores señaladas, merced a las bondades derivadas del uso de la precitada red bancaria o financiera. De ahí que sea necesario diferenciar la intermediación del mero empleo de canales de distribución.

e.- Los establecimientos de crédito pueden cobrar deudas, hacer pagos, traspasos, obrar como agente de transferencia de cualquier persona, en virtud de lo cuál podrá entregar o recibir dinero. los intermediarios no pueden adelantar tales gestiones, excepción hecha de la agencia de seguros, que en lo tocante al recaudo de primas, si ésta facultada para hacerlo.

f.- Los establecimientos de crédito a diferencia de las agencias de seguros, no están facultados para inspeccionar riesgos o intervenir en salvamentos.

g.- El mecanismo "bancaseguros" no excluye la participación efectiva de los intermediarios de seguros, de suerte que no puede decirse que a través del Decreto demandado se está autorizando una actividad propia o privativa de aquellos, ya que resulta completamente variable la vinculación de los mismos, según lo comprueba el simple hecho de que un número representativo de los programas actualmente en operación se adelantan con el concurso de dichos intermediarios.

h.- Los establecimientos de crédito sin distingo alguno están sujetos al control y fiscalización permanente de la Superintendencia Bancaria. No todos los intermediarios de seguros son sujetos pasibles de dicho control.

i.- El tipo societario de los establecimientos de crédito, respecto a los intermediarios, es diverso. Así por ejemplo, no es posible un establecimiento bancario constituido como sociedad limitada, así como tampoco intermediarios de seguros como sociedad anónima.

j.- Frente al mecanismo objeto de análisis, el consumidor realiza una operación automática de adquisición del seguro (masificación), al paso que la labor cumplida por el intermediario, de ordinario, supone un proceso sostenido de promoción y asesoramiento al cliente.

k.- A través del sistema de "bancaseguro" se consigue y se fomenta de modo sistemático la masificación del seguro, y por tanto su popularización. Para el usuario del servicio, es decir para el consumidor, debido a la masificación el costo del seguro tiende a disminuir. Además le reporta otros beneficios, tales como la simplificación en los tramites para obtener el adecuado cubrimiento, la facilidad de pago, el entendimiento inmediato del alcance de seguro tomado, etc.

Finalmente, debe decirse que la colocación de seguros, bien entendida no hace parte del objeto social de los intermediarios de seguros. Ella, en efecto hace alusión meramente a una operación de índole material y en caso alguno a una operación jurídica inmersa en el objeto social desarrollado por los citados intermediarios.

Así, en virtud de lo señalado en el numeral 2° de artículo 5° del Decreto 663 de 1993 la función de los intermediarios de seguros es la realización de las actividades contempladas en dicho Estatuto, particularmente del numeral 1° de su artículo 41., con arreglo al cual el objeto principal es el de promover la celebración de contratos de seguro y capitalización, así como la renovación, a la par que la realización de otras actividades descritas en el artículo 42 para las agencias de seguros, esto es, recaudar dineros referentes a todos los contratos o negocios que celebren, inspeccionar riesgos, invertir en salvamentos y promover la celebración de contratos de seguro por si mismas o por medio de agentes colocadores que la compañía mandante ponga bajo su dependencia, de acuerdo con el sistema propio de promoción de negocios. En consecuencia, la colocación en estricto sentido, no hace parte del objeto social de la intermediación.

3.- De la Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (impugnante, fls. 153 a 156 y 211 a 218):

a) Los intermediarios de seguros no son instituciones financieras de conformidad con el artículo 90 de la Ley 45 de 1990. Así, las cosas, las facultades de intervención del Gobierno, en relación con las actividades financiera, bursátil y aseguradora del artículo 48 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, están expresamente referidas a aquéllas entidades que tengan la calidad de instituciones financieras, por cuanto son éstas las únicas autorizadas para desarrollar operaciones financieras, bursátiles y aseguradoras.

b) Los intermediarios de seguros no pertenecen al sector asegurador, pues el artículo 5° del Decreto No. 663 de 1993 señala que son entidades aseguradoras "las compañías y cooperativas de seguros" cuyo objeto social está señalado por el artículo 38 ibídem y el cual básicamente consiste en "asegurar" riesgos de terceros a cambio de una prima o precio y mediante la expedición de pólizas bajo las condiciones y requerimientos legales autorizados.

Cada vez que la ley se refiere a entidades de seguros o a entidades aseguradoras, se esta frente a instituciones financieras, con exclusión de los intermediarios de seguros, los cuales se limitan a colocar los seguros sin que se comprometan directamente a asegurar los riesgos.

La actividad aseguradora, bursátil y financiera tiene un régimen especial determinado en el artículo 335 de la Constitución Política, el cual es de interés público no solo respecto a las operaciones o actividades, sino de los sujetos especialmente autorizados para desarrollarla.

c) La actividad de intermediación de seguros no es financiera ni aseguradora, sino comercial, porque supone necesariamente la existencia de dos contratos causales: la agencia comercial o el corretaje mercantil.

Los contratos causales no requieren autorización estatal para su realización, ya que pueden ser celebrados por cualquier particular en desarrollo de la libertad contractual. Cosa diferente que es la intermediación de seguros se halle sujeta a determinadas reglas establecidas en favor de la clientela y la transparencia del mercado.

La colocación de seguros en manera alguna supone autorización especial entratándose de instituciones financieras, pues bajo el giro ordinario de los negocios da cada tipo de entidad es posible celebrar acuerdos para comercializar masivamente a través de una red de oficinas, pólizas estandarizadas de seguros.

d) La colocación de seguros es una actividad que hace parte de la intermediación. Conforme al artículo 40 del Estatuto Financiero los intermediarios de seguros deben ser empresas comerciales cuyo objeto exclusivo es el de ofrecer y promover la celebración de contratos de seguros y obtener su renovación.

El término "exclusividad" que es usado en este artículo se refiere al objeto social de los intermediarios de seguros, pero no restringe las personas que puedan desarrollar tal actividad. Es decir, que los intermediarios están autorizados únicamente para colocar seguros, pero ello no implica que solamente éstos puedan desarrollar tal actividad.

e) De conformidad con el artículo 3° de la ley 35 de 1993, el gobierno podrá intervenir en relación con las actividades de las entidades financieras y aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, y en general respecto de las entidades cuyas actividades consistan en el manejo y la inversión de recursos captados del público.

El parágrafo 1° de dicho artículo establece restricciones a la facultad antes señalada en el sentido de que no se puede ampliar el objeto de una de las entidades vigiladas, autorizándole operaciones que correspondan al objeto exclusivo de las entidades financieras especializadas.

Como los intermediarios de seguros no son entidades financieras ni aseguradoras, no pueden ser catalogadas como entidades financieras especializadas y por tanto, cuando el Gobierno Nacional autorizó a los establecimientos de crédito para realizar la actividad de colocación de seguros, no infringió la ley 35 de 1993.

La calificación que de instituciones financieras otorga la ley a las sociedades anónimas reguladas específicamente en el Decreto 663 de 1993 es expresa, lo que significa que estas instituciones únicamente lo son, en cuanto desarrollan actividades financieras, aseguradoras o bursátiles, con exclusión de todas las demás.

Los intermediarios de seguros son vehículos de las instituciones financieras pero no son instituciones financieras. En efecto, la intermediación dice que relación con la búsqueda no solo del cliente sino de la asesoría que se le presta para que el producto o servicio a vender se ajuste a las necesidades del cliente, la colocación sólo es el resultado final o terminal de la actividad de intermediación.

De otra parte, la Carta Política de 1991 se refirió expresamente y sin ninguna duda a que el objeto de la regulación para fines de intervención, está exclusivamente orientada a la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados por el público.

Lo anterior significa que sólo quienes sean autorizados para desarrollar actividades de esta naturaleza, son los destinatarios de las prescripciones que en desarrollo de las facultades de intervención dicte el Gobierno Nacional.

Los intermediarios de seguros a más de no ser instituciones financieras, tampoco ejercen actividad alguna predicable de ellas, y por consiguiente, la norma acusada en manera alguna quebranta el ordenamiento jurídico, dado que, entre otras razones, las facultades de intervención normadas a partir del artículo 46 Decreto 663 de 1993, no atribuye al autorizar la figura denominada "BANCASEGUROS" un objeto principal de

alguna clase de institución financiera, o limita o restringe las operaciones de alguna de ellas, ni finalmente modifica el objeto social principal de las mismas.

La norma acusada ni tiene por objeto autorizar operaciones de crédito, ni implementar servicios típica, formal o sustancialmente financieros, y aún tampoco esta facultando a los establecimientos de crédito para asegurar o reasegurar riesgos de terceros. Simplemente se permite que los establecimientos de crédito y las compañías de seguros suscriban acuerdos que, permitan a estos últimos colocar pólizas estandarizadas en los mostradores de sus oficinas.

4-. De La Superintendencia Bancaria (impugnante. fls. 165 a 181 y 248 a 263):

El artículo censurado no prevé para los establecimientos de crédito la realización de operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas, pues cuando el Decreto No. 2423 los autoriza para colocar directamente seguros en sus redes de oficinas, en momento alguno les está atribuyendo las actividades propias de los intermediarios de seguros, pues estos últimos más que simples colocadores de seguros son verdaderos asesores de seguros, lo cual hace su radio de acción bien amplio.

No existe monopolio en la distribución de los productos de las entidades aseguradoras, ya que bien lo pueden hacer de manera directa o por conducto de los intermediarios de seguros o, recientemente, la colocación de sus productos la pueden hacer a través de los establecimientos de crédito. Impedir el acceso en la colocación de productos implica vulnerar los principios constitucionales que limitan la presencia de monopolios.

La actividad de los intermediarios de seguros hoy no se limitan a la promoción y asesoría en la celebración de contratos de seguros, que era hasta hace no mucho tiempo su labor fundamental, ya que pueden promocionar otros productos diferentes como la medicina prepagada, planes de pensiones voluntarios, obligatorios y alternativos, etc. La exclusividad ya hoy no es premisa y lo es menos frente a aquellos operadores que como los intermediarios de seguros tampoco tenían una reserva de monopolio legal para la promoción y asesoría de los productos de seguros.

No puede perderse de vista que la norma demandada es clara al señalar unas limitaciones a la actividad de colocación de seguros por parte de los establecimientos de crédito, como son la celebración previa de convenios con la aseguradora y la exigencia de que se trate de pólizas idóneas para su comercialización masiva.

Lo anterior pone de manifiesto el querer del legislador de crear una marcada diferenciación entre la actividad del intermediario de seguros y la figura contemplada en la norma discutida, toda vez que la exigencia de comercialización masiva*per-se,* excluye la posibilidad de que el establecimiento bancario se convierta en el asesor de su cliente y en este sentido invada la órbita del agente, pues las pólizas de comercialización masiva son aquéllas que por su carácter general y de uso corriente han sido diseñadas en formatos y se presentan al consumidor bajo forma de contrato de adhesión.

De otra parte, llama la atención el hecho de que la entidades de seguros a menudo no utilizan un agente general para colocar sus productos en el mercado, sino que trabajan directamente a través de sus propias sucursales; siendo ello así, no se ve como pueda resultar contrario que la propia aseguradora utilice las redes de oficinas del establecimiento de crédito para colocar uno de sus productos en el mercado.

La ley 35 de 1993, fundamento del decreto acusado, es una ley cuadro. En consecuencia, la regulación de las actividades financiera, bursátil y aseguradora y el control de legalidad de los actos dictados en relación con éstos temas, deberá consultar los parámetros generales que estatuye la ley en desarrollo de la Constitución Política, que en últimas es la que determina el que ciertos temas tengan un tratamiento mas o menos directo por parte del ejecutivo.

El carácter de entidad especializada se debe entender referida al sector financiero y/o asegurador, más no frente a los intermediarios de seguros.

De conformidad con los artículos 41 y 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero la labor de los agentes y agencias de seguros no es más que una representación de verdaderas entidades aseguradoras, convirtiéndolas en una prolongación suya. Como corolatorio, puede afirmarse que los intermediarios referidos son entes cuya existencia depende de la vinculación contractual que tenga con una o más compañías aseguradoras, difícilmente puede considerarse la posibilidad de violar el objeto de una entidad que ni siquiera cuenta con actividad propia e independiente.

Entratándose de las sociedades corredoras de seguros, el objeto social de las mismas de acuerdo con el artículo 40 ibídem, es el de exclusivamente ofrecer seguros, promover se celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurador y el asegurado.

Si bien el término intermediación puede llegar a confundirse con el acto de colocación, es necesario dilucidar el campo de cada uno de los términos.

Tomando la intermediación como la actividad comercial que habitualmente realizan ciertas personas con el objeto de poner en contacto a dos o más personas interesadas en cubrir unas expectativas precisas, encontramos que si bien es cierto esta función constituye en si misma el asesoramiento y acercamiento entre las partes interesadas y toda vez que las sociedades corredoras de seguros no tienen con el asegurador ninguna relación de dependencia, mandato o representación, mal podría pensarse que estas facultades impliquen la colocación de seguros que tal como deben entenderse, es el acto de perfeccionamiento mismo del contrato, de poner en su lugar a una cosa, es el acto que soporta el resultado de la gestión, es el acto mismo de la manifestación del perfeccionamiento del compromiso.

Respecto de la actividad que desarrollan los intermediarios de seguros no puede predicarse exclusividad, menos aún cuando la misma comportaría la estructura de un

monopolio que constitucionalmente está proscrito, amén de colocar a dichos intermediarios en una posición dominante, de la cual real o potencialmente podrían abusar.

La actuación por parte de los establecimientos de crédito en la colocación de seguros no puede entenderse como intermediación, pues su finalidad no radica en la promoción u ofrecimiento de seguros, acción ésta si propia de los intermediarios, sino como una actividad eminentemente comercial e instrumental, encaminada al acto de extensión mismo de la póliza, previa la celebración de los convenios entre el establecimiento y la aseguradora y siempre que se trate de comercialización masiva.

5-. De Tecsefín S.A. Esta sociedad compareció al proceso en calidad impugnante de la demanda dentro del término de traslado para alegar de conclusión, y en el correspondiente escrito manifiesta lo siguiente (fls. 202 a 209):

Las normas supuestamente violadas carecen de claridad, pues no definen en que casos esta prohibido autorizar operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas, que tampoco determina.

Si bien es cierto que los intermediarios de seguros son integrantes del sistema financiero y asegurador, también lo es que no son instituciones financieras ni aseguradoras, sino verdaderos asesores dedicados al corretaje, actividades comerciales de muy amplio radio de acción, que los aleja de ser aquéllas entidades especializadas a las cuales se refieren las normas supuestamente violadas. De igual manera, tampoco puede decirse que colocar seguros, sea su objeto principal.

La calidad de entidad especializada no puede predicarse a los intermediarios de seguros, pues ellos no se dedican a desarrollar simultáneamente innumerables operaciones, no sólo de colocación de seguros, sino títulos de capitalización, de fondos de pensiones, pensiones voluntarias y riesgos provisionales (Ley 100 de 1993), de fondos mutuos de inversión, de medicina prepagada y otros servicios y productos de la más inversa índole y naturaleza, además de prestar servicios de asesorías varias (manejo de riesgos y prevención de siniestros, administración de riesgos, recaudo de primas).

Las entidades especializadas a las cuales se refiere el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero están contemplados en sus artículos 2° numeral 6., 118, 216 y 227, y a las cuales les atribuye operaciones exclusivas. Entre otras, se encuentra el Instituto de Fomento Industrial IFI, la Financiera Eléctrica Nacional FEN, la Corporación Financiera de Fomento Agropecuario y de exportaciones S.A. FINAGRO. etc., respecto de las cuales salta a la vista su objeto principal, y dada su naturaleza, razón de ser y régimen especial, dicho objeto no puede ser autorizado para que lo ejerza ninguna otra entidad. En conclusión, las entidades especializadas a las que se refiere el Decreto 663 de 1993 son las anteriores mencionadas y no así los intermediarios de seguros.

A los establecimientos de crédito se les permite la colocación masiva de seguros, para lo cual no es necesario la intervención de los intermediarios. Dicha colocación garantiza

la democratización del seguro y el logro de los objetivos de la intervención estatal preconizada por la Constitución Política de Colombia.

El inciso último del artículo 333 de la Carta Política consagra taxativamente los motivos para delimitar el alcance de la libertad económica, dentro de los cuales no esta garantizar el monopolio a favor de los intermediarios de seguros, como lo pretende la demandante.

La actividad autorizada a los establecimientos de crédito no es la misma desarrollada por los intermediarios de seguros, pues el artículo 5° del Decreto 2423 de 1993 sólo autoriza a los establecimientos de crédito para colocar seguros que "a juicio de la Superintendencia Bancaria tenga características y condiciones que las hagan idóneas para su comercialización masiva" mientras que los intermediarios pueden vender libremente las pólizas de seguro que estén en el mercado.

Los objetivos de la intervención gubernamental según el artículo 1° de la ley 35 de 1993 y el artículo 46 del Decreto 663 del mismo año, se logran con las operaciones que autoriza la norma acusada, pues el desarrollo de dichas actividades por parte de los establecimientos de crédito están acordes con el interés público, ya que se tutelan adecuadamente los intereses de los usuarios, ahorradores, depositantes, asegurados e inversionistas, sin que se afecte la solvencia de las entidades que realicen tales operaciones con seguridad y transparencia, promoviendo la libre competencia, democratizando el seguro, amén de promover el desarrollo de las instituciones financieras y aún de la economía solidaria, compitiendo entre si bajo condiciones de equidad y equilibrio y de acuerdo con la naturaleza propia de sus operaciones.

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 del 9 de noviembre de 1994 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se decretó la suspensión provisional de los efectos de la norma acusada (fl. 32), decisión que fue objeto de recurso y que fue resuelto mediante auto de 27 de febrero de 1995 (fl. 146), por medio del cual se revocó la medida de suspensión provisional de la citada norma y se dispuso en su lugar, denegar dicha medida.

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión hicieron uso de tal derecho tanto la parte demandante (fl. 240), como la parte demandada (fls. 264). Asimismo los impugnantes de la demanda: Tecsefín S.A. (fl. 202); Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia (fl. 211), Fasecolda (fl. 219); y Superintendencia Bancaria (fl. 248).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Décima Delegada ante esta Corporación considera que del texto de las normas que se consideran violadas, esto es, el parágrafo 1° del artículo 3° de la ley 35 de 1993 y el artículo 48 literal a) del Decreto No. 663 de 1993, se desprende que el congreso en ejercicio de la facultad consagrada en el artículo 150 numeral 19, literal d) de la Carta Política, le fija al gobierno límites de actividad cuando se trate de la regulación de las materias atinentes al sistema financiero, bursátil y asegurador, y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público.

Dichos límites están referidos a que no podrá reducir los tipos de operaciones actualmente autorizados por las normas vigentes a las entidades objeto de intervención y a que no podrán autorizar operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas.

Las entidades aseguradoras corresponden a la denominación de entidades especializadas a que hace alusión la Ley 35 de 1993 y su objeto social está constituido por la realización de operaciones de seguro, las cuales desarrolla bajo las modalidades y en los ramos para los cuales se hallan facultadas expresamente y con el agregado del carácter exclusivo de la gestión.

Es obvio el quebrantamiento de las disposiciones legales aducidas, por cuanto el Gobierno autorizó operaciones que son de la exclusividad de las entidades aseguradoras a las entidades de crédito, cuya función principal está orientada a captar en moneda legal recursos del público en depósitos a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de prestamos, anticipos u otras operaciones de crédito.

Por lo anterior, es partidaria de que las pretensiones de la parte actora prosperen y en consecuencia se declare la nulidad de la norma acusada.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esencia, el cargo de la actora se contrae a afirmar que el artículo 5° del Decreto No. 2423 de 1993 desconoció la Ley No. 35 de 1993 y el Decreto No. 663 de 1993, en cuanto atribuyó a los establecimientos de crédito una función que es exclusiva de los intermediarios de seguros como entidades especializadas que son.

El texto del artículo demandado es el siguiente:

> "Artículo 5o. Nuevas operaciones de los establecimientos de crédito. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto, los establecimientos de crédito podrán colocar directamente seguros en sus redes de oficinas, previa la celebración de los convenios a que haya lugar y siempre y cuando sean pólizas que, a juicio de la Superintendencia Bancaria, tengan características y condiciones que las hagan idóneas para su comercialización masiva".

Por su parte, el contenido del parágrafo 1o. del artículo 3o. de la Ley 35 de 1993, que se considera violado, es como sigue:

> "Artículo 3o. .....
>
> Parágrafo 1o. En desarrollo de las facultades consagradas en el literal a) de este artículo no podrán reducirse los tipos de operaciones actualmente autorizadas por las normas vigentes a las entidades objeto de intervención, ni autorizarse operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas. Además, las facultades allí consagradas se ejercerán, previa información a la junta Directiva de Banco de la República, a fin de este organismo pueda pronunciarse sobre su incidencia en las políticas a su cargo".

El artículo 48 del Decreto No. 663 de 1993 que se considera igualmente violado, recoge el contenido de la norma anteriormente transcrita.

Como se expuso en la providencia que revocó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, para establecer si el acto demandado se halla violado o no de nulidad, es necesario dilucidar los siguientes aspectos:

Primero. Si los intermediarios de seguros efectivamente pertenecen al sector financiero y/o asegurador y sí están regidos por las mismas normas aplicables a las entidades que hacen parte de esos sectores.

Al respecto, el artículo 1o. del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero señala que la estructura general del sistema financiero y asegurador se encuentra conformado por los establecimientos de crédito, las sociedades de servicios financieros, las sociedades de capitalización, las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros.

A su turno, el artículo 2o. *ibídem* prescribe que los establecimientos de crédito comprenden las siguientes clases de instituciones financieras: establecimientos bancarios, corporaciones financieras, corporaciones de ahorro y vivienda y compañías de financiamiento comercial, cuya función principal consiste en captar en moneda legal recursos del público en depósitos, a la vista o a término, para colocarlos nuevamente a través de préstamos, descuentos, anticipos u otras operaciones activas de crédito.

A su vez, el artículo 5o. *ibídem* distingue entre las entidades aseguradoras, que son las compañías y cooperativas de seguros y las de reaseguros, y los intermediarios de seguros, que son los corredores, las agencias y los agentes, cuya función consiste en la realización de actividades contempladas en dicho Estatuto.

El Decreto No. 663 de 1993 dedica el Capítulo XI de la parte primera a las entidades y el Capítulo XII a los intermediarios de seguros.

El artículo 38 del Decreto anteriormente citado prescribe, refiriéndose a las entidades aseguradoras:

"Artículo 38. Disposiciones generales.

1. Principios orientadores. El presente Estatuto establece las directrices generales para **la actividad aseguradora** en Colombia, la cual se encuentra sujeta a supervisión estatal, ejercida por la Superintendencia Bancaria... (transcripción del artículo 29 de la Ley 45 de 1990).

2. Entidades destinatarias. Se encuentran sometidas a las disposiciones de este Estatuto. Las empresas que se organicen como compañías o cooperativas de seguros, cada vez que se aluda en este Estatuto **a la actividad aseguradora**, a operaciones o negocios de seguros, se entenderán por tales las realizadas por este tipo de entidades y, salvo que de la naturaleza del texto se disponga otra cosa, se entenderán comprendidas también en dicha denominación las operaciones efectuadas por las sociedades de reaseguros (lo anterior se encuentra también contenido en el artículo 33 de la Ley 45 de 1990).

3. Objeto social. El objeto social de las compañías y cooperativas de seguros será la realización de operaciones de seguro, bajo las modalidades y los ramos facultados expresamente, aparte de aquellas previstas en la Ley con carácter especial...

4. Denominación social. En la denominación social de las **entidades aseguradoras** se incluirán las palabras "seguros", "reaseguros" "aseguradora", "reaseguradora", de acuerdo con su objeto social, quedando reservadas las mismas para tales entes con carácter exclusivo, **salvo la posibilidad con que cuentan los intermediarios de seguros** autorizados legalmente para emplear tales expresiones dentro de su razón social, como indicación de la actividad que desarrollan" (las negrillas no son del texto).

Además, muchas otras normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se refieren expresamente a los intermediarios de seguros.

De las anteriores normas se desprende lo siguiente:

a. Que, en efecto, los intermediarios de seguros pertenecen al sistema financiero y asegurador; y

b. Que el Estatuto Orgánico del sistema financiero incluye a los intermediarios de seguros entre las entidades sometidas a algunas de sus normas.

Segundo. Otro aspecto a dilucidar es si la actividad de intermediación de seguros es o no una actividad financiera o aseguradora o simplemente comercial.

Al respecto debe decirse que si de acuerdo con las normas citadas en el punto anterior, los intermediarios de seguros pertenecen al sistema financiero y asegurador, es obvio que su actividad es de ese mismo carácter, aunque no constituyan propiamente entidades

aseguradoras. En efecto, del artículo 1° del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se desprende claramente que existen varios tipos de entidades que forman parte del sistema y entre ellas se diferencian las entidades aseguradoras y los intermediarios de seguros y reaseguros. A su vez, los artículos 38, 40, 41 y 42 diferencian claramente las actividades que constituyen el objeto social de unas y otra, aunque todas ellas relacionadas con el ramo de los seguros.

En conclusión, en relación con este punto, para la Sala es claro que la actividad de intermediación de seguros es una actividad relacionada con el ramo de los seguros, aunque diferenciada de la actividad propiamente aseguradora, sin que, de otra parte, pueda desconocerse su carácter comercial , como lo tienen igualmente todas entidades y actividades que hacen parte del sistema financiero y asegurador.

Tercero. En cuanto a que si los intermediarios de seguros deben considerarse o no entidades especializadas, la Sala observa que la Federación demandante hace recaer la especialidad de los intermediarios de seguros en el artículo 2° del Decreto No. 2605 de 1993 "por el cual se señala el régimen aplicable a los intermediarios de seguros y reaseguros y se fijan las condiciones para su supervisión", el cual reza:

> "Artículo 2o.- Personas Autorizadas. La actividad de intermediación de seguros y reaseguros estará reservada a las sociedades corredoras de seguros, a las sociedades corredoras de reaseguros, a las agencias colocadoras de seguros y a los agentes colocadores de pólizas de seguro, de acuerdo con su especialidad.
>
> "La actividad de los intermediarios de seguros y reaseguración no inhabilita a las entidades aseguradoras para aceptar y ceder riesgos directamente, sin intervención de los intermediarios".

Por su parte, el artículo 1340 del Código de Comercio establece:

> "Art. 1340.- Se llama corredora a la persona que, **por su especial conocimiento de los mercados**, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculados a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o presentación" (negrilla fuera del texto).

A su vez el artículo 40 de Estatuto Orgánico del Sistema Financiero prevé que el objeto social de las sociedades corredoras de seguros es exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su revocación a títulos de intermediarios entre el asegurado y el asegurador.

Por su parte, el artículo 41 del mismo Estatuto, al definir los agentes colocadores de pólizas de seguros y de títulos de capitalización, expresa que son las personas naturales que promueven la celebración de contratos de seguros y de capitalización y la renovación de los mismos en relación, con una o varias compañías de seguros o sociedades de capitalización.

De igual manera, el artículo 42 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, establece las facultades de la agencia de seguros, que es otra de las clases de intermediarios de seguros así:

"Artículo 42, Facultades de la agencia de seguros. Toda agencia de seguros debe tener por lo menos las siguientes facultades otorgadas por la compañía o compañías que represente:

a) Recaudar dineros referentes a todos los contratos o negocios que celebre;

b) Inspeccionar riesgos;

c) Intervenir en salvamentos, y

d) Promover la celebración de contratos de seguro por sí misma o por medio de agentes colocadores que la compañía mandante ponga bajo su dependencia, de acuerdo con su sistema propio de promoción de negocios".

Finalmente, el artículo 43 del citado Estatuto establece las condiciones de funcionamiento de las agencias y de los agentes de seguros:

"Artículo 43. Condiciones de funcionamiento.

1. Certificado público. Toda agencia de seguros deberá elaborar un reglamento en el que se exprese sus facultades mínimas.

Este reglamento se llamará certificado público, y su texto deberá ser aprobado por la Superintendencia Bancaria. Dicho certificado fijará en un lugar visible en las oficinas de la agencia, para información de terceros.

2. Inscripción ante la Superintendencia Bancaria. Ninguna agencia podrá iniciar las operaciones propias de su objeto, antes de su inscripción en el registro que al efecto lleva la Superintendencia Bancaria.

3. Ejercicio de la condición de agente. Podrá ejercer la profesión de agente colocador todo ciudadano colombiano o extranjero residente en el país por más de (1) un año, que sea mayor de edad y que este inscrito en la Superintendencia Bancaria.

La solicitud de inscripción debe hacerse acompañada de**la constancia de que la persona ha recibido la instrucción necesaria en el ramo o ramos al que se refiere su nombramiento** (negrilla fuera del texto).

Del análisis de las normas transcritas, la Sala infiere que los intermediarios de seguros si son entidades especializadas, por las siguientes razones:

1o. Porque el artículo 42 del Decreto 2605 de 1993 reserva la actividad de intermediación de seguros a las sociedades corredoras de seguros, a las agencias colocadoras de seguros y a los agentes colocadores de pólizas de seguros, calidad que no ostentan los establecimientos de crédito.

2o. Porque la parte final del inciso primero del artículo 40 del Decreto 663 de 1993 habla de la reserva de dicha actividad "...de acuerdo con su especialidad". Luego es la misma norma la que se esta indicando la especialidad (intermediación de seguros o reaseguros).

3o. Porque el artículo 1340 de Código de Comercio expresamente señala que se llama corredor la persona "que por su especial conocimiento de los mercados se ocupa como agente intermediario..." y teniendo en cuenta que la acepción "especialidad" la define el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española como: "...3. Rama de una ciencia, arte o actividad, cuyo objeto es una parte limitada de las mismas sobre la cual posee saberes o habilidades muy precisas quienes la cultivan...", la Sala encuentra que la especialidad de la actividad intermediadora de seguros es ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación.

4o. Porque el artículo 42 de Decreto 663 de 1993 expresamente señala las facultades mínimas de las agencias de seguros, especificando la actividad de las mismas, cual es recaudar el dinero de los contratos que celebre, inspeccionar los riesgos, intervenir en salvamentos y promocionar y celebrar contratos de seguros, lo cual sin lugar a duda le otorga el carácter de actividad especializada.

5o. Porque igualmente de manera expresa se exige (artículo 43) para los agentes la constancia de haber recibido la instrucción necesaria en el ramo en cuestión, es decir que es la misma norma que determina la especialidad, al demandar capacitación, aprendizaje o preparación para el ejercicio de la actividad de intermediación.

Cuarto. Establecido que los intermediarios de seguros son entidades especializadas, resta por definir si la colocación de seguros hace parte de la intermediación o es diferente a ella, y si es cierto lo primero, puede decirse que la colocación de seguros hace parte efectivamente del objeto principal de los intermediarios de seguros.

De conformidad con el artículo 40 del Decreto 663 de 1993, los intermediarios de seguros son:

1. Los corredores de seguros, cuyo objeto social es exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador.

2. Los agentes colocadores de pólizas de seguros y de capitalización que son las personas naturales que promueven la celebración de contratos de seguros y de capitalización y la renovación de los mismos.

3. Las agencias asimiladas a las sociedades corredoras de seguros que son aquéllas agencias colocadoras de seguros y de títulos de capitalización que durante el ejercicio anual inmediatamente anterior hubiese causado a título de comisiones una suma igual o superior a 800 salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha del respectivo corte.

A su vez el artículo 1347 del Código de Comercio dispone:

> "Art. 1347.- Son corredores de seguros las empresas constituidas o que se constituyan como sociedades comerciales, colectivas o de responsabilidad limitada, cuyo objeto social sea exclusivamente ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación **a título de intermediarios entre el asegurado y el asegurador"** (negrillas fuera del texto).

Las normas anteriores claramente señalan que el objeto social de los corredores es ofrecer seguros, promover su celebración y obtener su renovación.

Si bien es cierto que dicha norma se refiere a los corredores de seguros como personas jurídicas, no los es menos que el artículo 40 también se refiere a los agentes colocadores de seguros como personas naturales.

Uno de los argumentos de la defensa de que la norma acusada simplemente se refiere a la colocación directa de seguros, pero para la Sala es lógico que para colocarlos a renovarlos los establecimientos de crédito deben ofrecerlos y promoverlos, como en efecto lo hacen.

Asimismo, debe decirse que el ofrecimiento y la promoción de los seguros, tiene precisamente como objetivo final su colocación, toda vez que es en ella donde se materializa la tarea del intermediario, esto es, la celebración del contrato entre la compañía aseguradora y el tomador.

Finalmente debe hacerse notar que tanto el parágrafo del artículo 3o. de la Ley 35 de 1993, como el literal a. del artículo 48 del Decreto 663 de 1993, expresamente manifiestan que si bien el Gobierno tiene la facultad de autorizar las operaciones que pueden realizar las entidades objeto de intervención, esta facultad no puede ejercerse para autorizar operaciones que correspondan al objeto principal de entidades especializadas, como son los intermediarios de seguros según ha quedado establecido, entre cuyo objeto principal se encuentra precisamente la actividad de colocación de pólizas de seguros según los razonamientos expresados.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a la conclusión de que el precepto acusado si viola las normas consideradas como infringidas, pues encontrándose establecido que la colocación de seguros es el resultado final que pretenden los intermediarios a través de su actividad de promoción y ofrecimiento, actividad reservada a éstos, mal pueden los establecimientos de crédito ejercerla, cuando corresponde a los intermediarios de seguros como entidades especializadas que son.

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 de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.- DECLÁRASE la nulidad del artículo 5o. del Decreto No. 2423 de 1993, expedido por el Gobierno Nacional.

Segundo.- Por no haber sido utilizado, devuélvase la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Tercero.- En firme esta providencia, archívese el expediente previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

DEROGATORIA DEL ACTO

Pese a que el decreto demandado fue expresamente derogado por el Decreto No. 457 de 16 de marzo de 1995, deberá pronunciarse sobre la legalidad del mismo, en razón de los efectos que pudo haber producido durante su vigencia.

CÁMARA DE COMERCIO/TARIFAS-Fundamento/**TARIFAS-**Fijación/**CONFECÁMARAS-**Facultades/**REGISTRO ÚNICO DE PROPONENTES**

Si bien es cierto la norma en cuestión no se refiere al Registro Único de Proponentes (por cuanto éste fue creación de la Ley 80 de 1993), también lo es que autoriza al Gobierno Nacional para que fije las tarifas que deben cobrar las Cámaras de Comercio por los certificados expedidos en ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales se encuentra la de llevar dicho registro, de conformidad con la citada Ley 80 de 1993. En consecuencia, el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 es fundamento legal del acto acusado, en cuanto se refiere a los certificados expedidos. El artículo 22.8 de la Ley 80 de 1993 si establece el método o sistema para definir tales costos, cuando preceptúa que ára fijar el monto de las tarifas "...el Gobierno deberá tener en cuenta el costo de la operación de registro, en que incurran las cámaras de comercio, así como la de expedición de certificados, de publicación de boletín de información y del trámite de impugnación. No encuentra la Sala por qué la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio -Confecámaras- no podía ser quien llevara a cabo la evaluación de costos, pues siendo ésta la entidad que agrupa a todas las cámaras de comercio del país, bien podía, como en efecto lo hizo, con base en un estudio serio que obra en el expediente

como antecedente administrativo, aplicar los costos en que incurran dichas entidades (personal, equipos, muebles y enseres, espacios, etc.) en la prestación de los servicios. Dicho estudio fue tenido en cuenta por el Gobierno Nacional, para expedir el decreto acusado que fijó las tarifas tantas veces referidas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3161. Autoridades Nacionales. Actor: José Roberto Sáchica Méndez.

El ciudadano y abogado José Roberto Sáchica Méndez obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó de esta Corporación la declaratoria de nulidad del decreto No. 2245 de 6 de octubre de 1994, "Por el cual se fijan las tarifas relativas al registro de proponentes", expedido por el Gobierno Nacional.

NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN

Cita el actor como infringidos por el acto acusado los artículos 150 numeral 12 y 338 de la Constitución Política.

Hace consistir así el concepto de la violación:

De acuerdo con las disposiciones constitucionales señaladas, corresponde a la ley, a las ordenanzas y a los acuerdos con sujeción a aquélla, fijar directamente los elementos de las obligaciones tributarias: sujetos, hechos, tarifas y bases gravables.

En tal virtud, por gozar de plena iniciativa, corresponde al Congreso de la República determinar los elementos constitutivos de todos los tributos, con la consecuencia de que las asambleas departamentales y los concejos municipales tienen que implantarlos dentro de los elementos dados por la ley.

Tratándose de las remuneraciones que deben pagar los particulares por ciertos servicios que presta el Estado ya sea en forma directa o delegada, el texto constitucional permite que las autoridades fijen la tarifa respectiva como recuperación de los costos de los servicios que presten.

En tales circunstancias, la ley, las ordenanzas y los acuerdos con sujeción a ella, deberán fijar lo siguiente:

a) El sistema y método para definir tales costos.

b) La forma de hacer su reparto.

Según el Diccionario de la Lengua Española por sistema se entiende el "Conjunto de reglas y principios sobre una materia enlazados entre sí" o el "Conjunto de cosas que ordenadamente relacionadas entre sí contribuyen a un determinado objeto". A su turno, la palabra método es definida como "El modo de obrar o proceder" y el vocablo forma como "Fórmula y modo de proceder en una cosa".

De acuerdo con lo anterior, cuando la ley autorice a las autoridades fijar las tarifas de los servicios que se les presten a los particulares, no podrá delegarles la facultad de establecer las reglas o principios que relacionados entre sí, determinarán los costos del servicio y la forma de hacer su reparto, pues a ellas solamente les corresponderá aplicarlos al momento de establecer las respectivas tarifas.

Analizando lo expresado con relación a la actuación surtida por el Gobierno Nacional al expedir el decreto demandado, se encuentra lo siguiente:

a. El Estado delegó en las Cámaras de Comercio la función de mantener y administrar el registro de las personas naturales o jurídicas que aspiren a celebrar con entidades estatales contratos de obra, consultoría, suministro y compraventa de bienes muebles.

b. Como consecuencia de lo anterior, la Ley 80 de 1993 autorizó al Gobierno Nacional para fijar el monto de las tarifas que deben pagar a las Cámaras de Comercio las personas que aspiren a contratar con el Estado, como remuneración del servicio de registro de proponentes.

c. Para que el Gobierno pudiera hacer uso de la autorización antes señalada, era indispensable, porque así lo prescribe la Constitución Política, que la ley hubiera definido previamente el sistema y método para definir los costos y beneficios de los servicios prestados por las cámaras de comercio, y la forma de hacer su reparto.

d. El Gobierno al dictar el decreto acusado, invocó como facultades las que le confiere el artículo 22.8 de la Ley 80 de 1993 y el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 que en nada regulan el sistema y método para definir los costos del registro público de proponentes y la forma de hacer su reparto.

En efecto, el primero de los artículos citados además de otorgar la autorización respectiva, condicionada a lo que la ley prescribiera sobre lo dispuesto en la parte final del inciso segundo del artículo 338 de la Constitución Política, simplemente reitera la tarifa que podría ser cobrada por las cámaras de comercio, esto es, como la remuneración que ellas recibirán y que necesariamente deberá tener en cuenta el costo de las operaciones relacionadas con el registro de proponentes.

Por su parte, el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 amén de que nada tiene que ver con el registro de proponentes a que se refiere la ley 80 de 1993, pues regula las tarifas que deberán sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de actos relativos al registro mercantil (artículo 26 y ss. del C. de Co.), lo único que determina es

que el Gobierno Nacional al establecer las tarifas de dicho registro tendrá en cuenta los activos y el patrimonio del comerciante o del establecimiento de comercio según sea el caso.

Confirma aún más la violación de las normas constitucionales, el hecho de que las tarifas a que se refiere el acto acusado fueron establecidas con base en un estudio que presentó Confecámaras según información que contiene la revista Legislación Económica No. 1009 del 30 de octubre de 1994.

ACTUACIÓN

Mediante proveído del 20 de enero de 1995 se admitió la demanda radicada bajo el número 3161 y se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación –Ministerio de Desarrollo Económico–, quien a través de apoderada dio contestación a la misma (folio 118), expresando que el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 autorizó de forma genérica al Gobierno Nacional para fijar el monto de las tarifas que deben sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expedian en ejercicio de sus funciones.

Posteriormente, la Ley 80 de 1993 reguló de manera especial lo relativo al Registro Único de Proponentes, e impuso (sic) al Gobierno Nacional en su artículo 22.8 la fijación de las tarifas que debían sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de inscripción en dicho registro, así como su renovación y actualización y por las certificaciones solicitadas en relación con el mismo registro. Igualmente ordenó fijar el costo de la publicación del boletín de información y del trámite de impugnación de la calificación y clasificación.

En contra de lo afirmado por el demandante, dicho artículo sí estableció el método para definir tales costos, al preceptuar que "para estos efectos, el Gobierno deberá tener en cuenta el costo de la operación de registro, en que incurran las Cámaras de Comercio, así como la expedición de certificados, de publicación del boletín de información y del trámite de impugnación", de conformidad con el artículo 338 de la Carta Política. En este sentido, la Ley 80 le fijó al Gobierno Nacional unos parámetros o lineamientos dentro de los cuales debería fijar tales tarifas.

El decreto demandado al establecer los costos de las operaciones relacionadas con el registro de proponentes, se ajustó a los criterios que la ley especial (Ley 80 de 1993) había ordenado, puesto que la única limitación que tenía el Gobierno Nacional consistía en consultar los costos en materia de registro.

Finalmente, anota que el decreto acusado fue derogado expresamente por el Decreto 457 de 1995.

La señora Procuradora Segunda Delegada aante esta Corporación señala que el artículo 338 de la Carta Política es claro cuando predica que "La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y el método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o lo acuerdos".

Obra en el proceso un estudio que sirvió de base para gastos de operación de registro en las cámaras de comercio, tales como costo de personal y operaciones, usos de equipos, de muebles, de enseres, de espacio y gastos indirectos, pero esta circunstancia no suple la existencia de una ley que determine el sistema y método para definir tales costos y beneficios y la forma de hacer su reparto. Esta observación cabe para los meses de vigencia del decreto acusado, ya que fue derogado el 16 de marzo de 1995 mediante el Decreto No. 457 de dicha fecha.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala observa que pese a que el decreto demandado fue expresamente derogado por el Decreto No. 457 de 16 de marzo de 1995, deberá pronunciarse sobre la legalidad del mismo, en razón de los efectos que pudo haber producido durante su vigencia.

El Decreto No. 2245 de 6 de octubre de 1994, fijó las tarifas que deben sufragarse en favor de las cámaras de comercio por los siguientes conceptos: inscripción y renovación en el registro de proponentes; actualización o modificación de la inscripción; formulario para realizar la inscripción, renovación, actualización o modificación; certificados expedidos con ocasión de la función del registro de proponentes; boletín contentivo de la información relativa a las licitaciones o concursos; impugnación de la clasificación o calificación; y expedición de copias con sello de correspondencia cuyo original repose en la cámara de comercio.

Las normas que el acto acusado invoca como sustento legal son del siguiente tenor:

Artículo 124, Ley 6a. de 1992:

> "Tarifas a favor de las cámaras de comercio. El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de las matrículas, sus renovaciones e inscripciones de los actos, libros y documentos que la ley determine efectuar en el registro mercantil, así como el valor de los certificados que dichas entidades expidan en ejercicio de sus funciones.
>
> "Para el señalamiento de los derechos relacionados con la obligación de la matrícula mercantil y su renovación, el Gobierno Nacional establecerá tarifas diferenciales en función del monto de los activos o del patrimonio del comerciante, o de los activos vinculados al establecimiento de comercio, según sea el caso.

"Las cuotas anuales que el reglamento de las cámaras de comercio señale para los comerciantes afiliados son de naturaleza voluntaria".

Artículo 22.8, Ley 80 de 1993

"De la fijación de tarifas. El Gobierno Nacional fijará el monto de las tarifas que deban sufragarse en favor de las cámaras de comercio por concepto de la inscripción en el registro de proponentes, así como por su renovación y actualización y por las certificaciones que se les solicite en relación con dicho registro. Igualmente fijará el costo de la publicación del boletín de información y del trámite de impugnación de la calificación y clasificación. Para estos efectos, el Gobierno deberá tener en cuenta el costo de la operación de registro, en que incurran las Cámaras de Comercio, así como la expedición de certificados, de publicación del boletín de información y el del trámite de impugnación".

Arguye el demandante que el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 nada tiene que ver con el registro de proponentes a que se refiere la Ley 80 de 1993.

Sobre el particular, la Sala estima que si bien es cierto la norma en cuestión no se refiere al Registro Único de Proponentes (por cuanto éste fue creación de la Ley 80 de 1993), también lo es que autoriza al Gobierno Nacional para que fije las tarifas que deben cobrar las Cámaras de Comercio por los certificados expedidos en ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales se encuentra la de llevar dicho registro, de conformidad con la citada Ley 80 de 1993.

En consecuencia, el artículo 124 de la Ley 6a. de 1992 es fundamento legal del acto acusado, en cuanto se refiere a los certificados expedidos.

De igual manera considera el demandante que el artículo 22.8 de la Ley 80 de 1993 simplemente otorga al Gobierno Nacional la autorización respectiva (fijar las tarifas), sin que hayan sido establecidos el sistema y método a que se refiere el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Política, razón por la cual estima que se desconoció dicho precepto.

Esta Corporación encuentra que no le asiste razón al actor, toda vez que como bien lo afirma la entidad demandada, el artículo 22.8 de la Ley 80 de 1993 sí establece el método o sistema para definir tales costos, cuando preceptúa que para fijar el monto de las tarifas "...el Gobierno deberá tener en cuenta el costo de la operación de registro, en que incurran las cámaras de comercio, así como de la expedición de certificados, de publicación del boletín de información y del trámite de impugnación".

En efecto, la norma señala que el Gobierno deberá, para fijar el monto de las tarifas, supeditarse al costo de la operación de registro y de los demás conceptos relacionados con el mismo (certificados, publicación del boletín, trámite de impugnación, etc.), sin que indique cuál es la entidad encargada de elaborar dicho estudio de costos.

No encuentra la Sala por qué la Confederación Colombiana de Cámaras de Comercio –Confecámaras– no podía ser quien llevara a cabo la evaluación de costos, pues siendo

ésta la entidad que agrupa a todas las cámaras de comercio del país, bien podía, como en efecto lo hizo, con base en un estudio serio que obra en el expediente como antecedente administrativo, aplicar los costos en que incurran dichas entidades (personal, equipos, muebles y enseres, espacios, etc.), en la prestación de los servicios. Dicho estudio fue tenido en cuenta por el Gobierno Nacional, para expedir el decreto acusado que fijó las tarifas tantas veces referidas.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

DEVUÉLVASE a la parte actora la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 24 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

ASOCIACIÓN DE PADRES DE FAMILIA-Función/**SERVICIO PÚBLICO DE EDUCACIÓN/INSTRUCCIÓN PÚBLICA NACIONAL/INSPECCIÓN Y VIGILANCIA/COMPETENCIA/MINISTERIO DE EDUCACIÓN**-Funciones/**INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE**-Improcedencia

La función que cumplen las Asociaciones de Padres de Familia está afectada al servicio público de la educación, es decir, que no puede concebirse la existencia de tales Asociaciones sin un objeto sobre el cual deba recaer su actividad, como es el de la labor educativa, Los Decretos No. 1625 de 1972 y 466 de 1983 fueron expedidos bajo la vigencia de la Constitución Nacional, la cual en el artículo 120 ordinal 12 facultaba al Presidente de la República como Jefe del Estado, y Suprema autoridad administrativa para "Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional", norma esta que no condicionaba el ejercicio de dicha Facultad a la ley, como si lo hace expresamente el artículo 189 numeral 21 de la actual Carta Política. Ello explica porque el Gobierno Nacional invoco directamente el ejercicio de dicha facultad constitucional tanto para autorizar la creación de las Asociaciones de Padres de Familia, como para expedir los citados decretos. Estando afecta la razón de ser de las Asociaciones de Padres de Familia al servicio Público de la educación puede afirmarse, sin temor a equívocos, que antes de la Carta Política de 1991 como a partir de esta, la inspección y vigilancia de las mismas corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional. Del contenido de los Decretos No. 1625 de 6 de septiembre de 1972 y el 466 de 18 de febrero de 1983 no infiere la Sala un vicio de inconstitucionalidad sobreviniente y, por el contrario, advierte que la normatividad de los mismos esta acorde con los artículos 67 y 68 de

la norma de normas, que fueron desarrollados por la Ley 115 de 1994 y el Decreto Reglamentario 1860 del mismo año. No se advierte la violación del preámbulo de la Carta, como quiera que no observa la Sala que se esté desconociendo a las Asociaciones de Padres de Familia dentro de la comunidad educativa, sino, todo lo contrario, las normas acusadas están estableciendo la obligatoriedad de su existencia en los planteles educativos. No asiste razón a los actores en los cargos formulados en los literales c), f) y h) ya que a imponer, como obligación que en todo plantel educativo existan Asociaciones de Padres de Familia, las cuales hoy por mandato constitucional deben conformar la comunidad educativa, no conlleva a impedir el derecho de libre asociación o de reunión, sino todo lo contrario, a garantizarlo, a través de la autorización de su constitución, acto este que implica, como es obvio, el señalamiento de circunstancias de modo, tiempo y lugar, que en este caso están en armonía con las normas del Decreto No. 1003 de 8 de mayo de 1961, que autorizó la creación de dichas Asociaciones y previó que pudieran darse sus propios estatutos y obtener su correspondiente personería jurídica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3167. Acción: Nulidad. Actores: JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN Y OTROS.

Los ciudadanos JORGE ENRIQUE HURTADO CALDERÓN, MARÍA SUSANA LÓPEZ DE DEL VALLE, ARGEMIRO DE JESÚS RÍOS, RAÚL ANTONIO PIÑEROS RAMOS, ULISES MORENO GARZÓN, MARÍA LUDOVINA HERRERA MALAGÓN Y PEDRO ARTURO BARÓN, obraron en sus propios nombres y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., han ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de los artículos 1o. a 3o., 5o., 6o., 9o. y 10o. del Decreto No. 1625 de 6 de septiembre de 1972 "por el cual se dictan normas sobre asociaciones de padres de familia", lo del Decreto No. 466 de 18 de febrero de 1983 "por la (sic) cual se modifica el artículo 1o. del Decreto 1625 de septiembre 6 de 1972", y 2o. y 3o. del Decreto No. 1068 de 27 de mayo de 1994 "por el cual se modifica parcialmente el Decreto No. 1625 de 1972" expedidos por el Gobierno Nacional.

I.- LOS ACTOS ACUSADOS

Son los artículos de los decretos que se detallan a continuación:

Decreto No. 1625 de 1972:

"ARTÍCULO 1o.- En todos los establecimientos oficiales de educación elemental y media, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la iniciación del año

escolar, los directores o rectores convocarán a todos los padres de alumnos, o acudientes autorizados, con el fin de explicarles los propósitos, actividades y mecanismos de la respectiva "Asociación de Padres de Familia", la cual deberá existir en todos esos planteles. En la misma reunión cada asociación procederá a la elección de la correspondiente junta directiva".

"ARTÍCULO 2o.- Los propietarios o directores de los planteles educativos particulares no podrán impedir, retardar o dificultar en manera alguna la constitución ni las actividades lícitas de la Asociación de los padres y acudientes de los alumnos de su plantel, de acuerdo con el inciso primero del artículo 44 de la Constitución Nacional".

"ARTÍCULO 3o.- Son funciones de las Asociaciones de Padres de Familia:

1o.- Integrar e impulsar la educación familiar y escolar.

2o.- Colaborar con maestros y profesores en lo que corresponde a la seguridad, moralidad, higiene y bienestar de los alumnos.

3o.- Procurar una coordinación entre padres y educadores, a fin de descubrir capacidades del educando y orientarlo hacia su pleno desarrollo".

4o.- Ofrecer a los planteles el concurso intelectual y moral necesarios para la solución de aquellos problemas que perturben la formación integral de los educandos.

5o.- Recibir informes personales y directos sobre asistencia, conducta y aprovechamiento de sus hijos, así como sobre la marcha del establecimiento.

6o.- Promover conferencias periódicas y demás acciones que redunden en el mayor conocimiento de la comunidad educativa y de la sociedad en general".

"ARTÍCULO 5o.- Podrán formarse asociaciones de segundo o tercer grado, tales como ligas municipales de asociaciones de padres de familia, federaciones departamentales formadas por las ligas y confederaciones nacionales formadas por las federaciones".

"ARTÍCULO 6o.- Las juntas directivas de las asociaciones de padres de familias serán elegidas para un período de un (1) año lectivo en asamblea general, sin intervención de las directivas del plantel".

"ARTÍCULO 9o.- El manejo de los fondos de las asociaciones de padres de familia no podrá hacerlo el personal directivo o docente de los planteles. Esta función corresponde exclusivamente a aquellas personas a quienes, según los estatutos, elija la asamblea general previa constitución de la respectiva fianza.

PARÁGRAFO.- El Ministerio de Educación Nacional, por medio de la Oficina de Inspección y Evaluación Educativa, en las visitas que realice a los planteles,

supervisará las actividades que realicen las asociaciones de padres de familia al tenor de lo dispuesto en el artículo 2° de la presente norma".

"ARTÍCULO 10.-La violación de las prohibiciones contenidas en los dos artículos anteriores será causal para la suspensión de la personería jurídica de la asociación infractora, que será decidida mediante decisión motivada por la autoridad competente, previo informativo levantado por el Ministerio de Educación Nacional. Cuando de este incumplimiento fueren responsables el propietario o los directivos del plantel, el Ministerio de Educación Nacional podrá suspender la licencia de funcionamiento o la aprobación de estudios del plantel, hasta por un año, a partir del comienzo del siguiente año escolar, y cancelar definitivamente tales autorizaciones en caso de reincidencia, sin perjuicio de las demás sanciones de carácter civil o penal previstas por las leyes y reglamentos y aplicables por otras autoridades".

Decreto No. 466 de 1983:

"ARTÍCULO PRIMERO.-El artículo 1o. del Decreto 1625 de septiembre 6 de 1972, quedará así: En todos los establecimientos oficiales de educación preescolar, de básica primaria, de básica secundaria y de media vocacional donde no se hayan organizado "asociaciones de padres de familia", los directores o rectores, dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la iniciación del año escolar convocaran a todos los padres de familia de los alumnos o acudientes autorizados, con el fin de explicarles los propósitos, actividades y mecanismos de la respectiva asociación, la cual deberá constituirse en todos los planteles. En la misma reunión, se procederá a la constitución de la asociación con la elección de la correspondiente Junta Directiva".

Decreto No. 1068 de 1994:

"Artículo 2o.- Las Secretarias de Educación serán las encargadas, en cumplimiento de la función de inspección y vigilancia a las entidades educativas, de supervisar que las actividades que realicen las asociaciones de Padres de Familia, cumplan los objetivos establecidos por la ley".

"Artículo 3o.- El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias, en especial, los artículos 4° y el parágrafo del artículo 9° del decreto 1625 de 1972".

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones los actores adujeron, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

Las normas de los Decretos acusados violan el Preámbulo y los artículo 1o., 2o., 4o., 13, 16, 29, 37, 38, 39 incisos 2o. y 3o., 103 inciso 2o., 113 inciso 3o., 116 inciso

3o., 123 inciso 3o., 150 numerales 1o., 7o., 8o. y 10o., 189 numerales 21 y 26, 209, 211, 229 y 333 inciso 1o. de la Constitución Política de 1991, por las siguientes razones:

a): Vulneran el Preámbulo porque se legisla con desconocimiento de la presencia real de las Asociaciones de Padres de Familia dentro de la comunidad educativa y con cierto paternalismo dependiente que atenta contra los preceptos de participación que garantizan un orden político y social justo.

b): Se violó el artículo 1o., porque las disposiciones cuestionadas son ajenas a la naturaleza propia de las Asociaciones de Padres de Familia ya que no toman en cuenta los principios de participación de las colectividades en la toma de decisiones que inciden directamente en su propia existencia, burlándose así los intereses generales y atentando contra la solidaridad.

c): Se viola el artículo 2o., porque no se garantiza la efectividad de los derechos de libre asociación sino que se imponen normas a la Asociación y así las decisiones que afectan a todos los padres de familia son ajenas a su propia iniciativa privada.

d): Se viola el artículo 4o., porque las normas acusadas desconocen el tratamiento igualitario entre asociaciones de carácter al imponerle a las Asociaciones de Padres de familia un cordón umbilical que las hace depender de la decisión del Ministerio de Educación Nacional, afectando así el derecho de ser tratadas igual que las demás asociaciones de índole civil.

El Decreto No. 1068 de 1994 invoca el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política con clara violación de la misma Constitución pues aún no hay ley sobre "Asociaciones de Padres de Familia" que reglamentar, y no existiendo ley que ejecutar se aplican las normas constitucionales como el artículo 13.

e): Se viola el artículo 13 porque con el Decreto N° 1625 de 1972 se atenta contra la libertad de igualdad de las Asociaciones de Padres de Familia al imponerles las funciones a que se refiere el artículo 3o., al impedir que se unan Asociaciones de varios municipios, según se infiere del artículo 5o., porque la norma no contempla sino ligas municipales, lo cual hace que no pueda reunirse y agruparse en las mismas condiciones que lo hacen otras asociaciones de carácter cívico, y a impedir la libre autodeterminación de dichas Asociaciones con la regulación del artículo 6o.

f): Se viola el artículo 16 porque con los decretos acusados se trasluce la camisa de fuerza a la cual se han visto sometidas las Asociaciones de Padres de Familia en su desarrollo ya que se les impone desde el sitio y forma de organización hasta sus objetivos y funciones y desde el período de vigencia de sus directivas hasta la vigilancia, todo ello sin facultad de reglamentación legal sino en razón de facultades del Ejecutivo que hoy están derogadas, amén de que para regular y vigilar a tales Asociaciones actualmente se requiere de ley expedida por el Congreso que respete el libre desarrollo de sus personerías jurídicas.

g): Se viola el artículo 29 por parte del artículo 10o. del Decreto 1625 del 1972, el cual crea causales de suspensión de las Asociaciones de Padres de Familia en forma confusa y poco clara, cuando dichas sanciones deben ser expresas y determinadas.

De la misma manera el artículo 2o. de dicho Decreto pone de manifiesto la facultad inconstitucional de juzgar, por parte de los directivos de un plantel educativo, sin fórmula de juicio, que actividades son lícitas o ilícitas, para de esta forma impedir, retardar o dificultar el desarrollo de los fines de las Asociaciones de Padres de Familia.

h): Se viola el artículo 37 porque para la creación o constitución de las Asociaciones de Padres de Familia no es constitucional hacer imposiciones de tiempo, lugar y forma de reunión ya que esto depende de la comunidad misma, por su carácter de privada sin que se requiera de la injerencia estatal o administrativa.

i): El artículo 5o. de Decreto No. 1625 de 1972 viola el artículo 38 al someter las organizaciones de primer y segundo grado al ámbito municipal para la creación de ligas de Padres de Familia y al ámbito departamental para la creación de Federaciones, cuando las posibilidades de reagrupación para la constitución de tales ligas superan el territorio municipal.

j): Se viola el artículo 39 porque la estructura interna y el funcionamiento de las organizaciones sociales, como son las Asociaciones de Padres de Familia, se deben sujetar al orden legal que imponga una ley expedida por Congreso de la República, la cual hasta el momento no se ha promulgado.

Al Ministerio de Educación no le corresponde entrar a regular normas que conciernen a las organizaciones cívicas de carácter civil.

k): Se viola el artículo 103 porque hasta el momento para la creación, Constitución y desarrollo de las Asociaciones de padres de Familia y específicamente para la expedición de los Decretos acusados la ausencia del estado ha sido manifiesta. Se desconoce la autonomía con normas que no consultan objetivos, independencia, dinámica y si entorpecen la gestión social y comunitaria.

l): El Decreto No. 466 de 1983 viola el artículo 150 numeral 8o., ya que es por mérito de la ley que los entes administrativos como el Ministerio de Educación Nacional ejercen sus funciones y son facultados para actuar.

La regulación de las Asociaciones de Padres de Familia no es facultad asignar a dicho Ministerio, ni puede deducirse facultad intrínseca o implícita para intervenir asociaciones de carácter cívico.

m): Se viola el artículo 189 numeral 21 porque la facultad de inspección y vigilancia de la enseñanza se deriva de la ley, y como ya se dijo, no existe ley expedida que haya facultado al Presidente de la República para que ejerza dicha función o la delegue en el Ministerio de Educación Nacional.

De todas maneras tal facultad no puede extenderse a las Asociaciones de Padres de Familia dada su característica propia de asociación de carácter civil vinculada al régimen de la jurisdicción civil y nunca al Administrativo, salvo que la ley así lo determine.

n): Se viola el artículo 189 numeral 26 ya que mediante los Decretos acusados se pretende ejercer la función sobre entidades de utilidad común, como lo son la Asociaciones de Padres de Familia, sin que exista ley que lo autorice.

ñ): Se viola el artículo 209 pues con la expedición de los Decretos acusados se trata con desigualdad a las Asociaciones de Padres de Familia al interferir en la órbita de sus decisiones con abierto desconocimiento de los derechos que cobijan a las organizaciones en cuanto a trato igual e imparcial frente a las demás asociaciones.

o): Se viola el artículo 211 pues como es bien sabido la delegación supone una ley que determine las funciones delegables por la suprema autoridad administrativa, el señalamiento de la entidad a donde deban ser trasladadas y el acto concreto de delegación que haga efectivo el traslado de competencias. Dicha ley no se dictó en el pasado ni existe después de la Constitución de 1991, y los Decretos acusados trataron ese tema.

p): Se viola el artículo 229 porque en todos los Decretos acusados está ausente la garantía de que las "Asociaciones de Padres de Familia" tengan acceso a la administración de justicia, conforme al régimen propio de las asociaciones de carácter civil, ya que sujetan a la determinación del Ministerio de Educación Nacional las cuales de sanción, períodos de ejercicio de directivas, señalamiento de funciones y se remiten a seguir una actuación administrativa (artículo 10o. del Decreto 1625 de 1972) o una delegación de la función de la inspección y vigilancia en las secretarias de Educación (Decreto 1068 de 1994) cuando es a la Jurisdicción Civil Ordinaria a la que le compete dirimir los conflictos.

q): Se viola el artículo 333 porque en una asociación civil el establecimiento de la persona jurídica depende exclusivamente de los socios o miembros, se funda para satisfacer o defender intereses de dichos socios o miembros de la voluntad de ellos depende la modificación del objeto social, su funcionamiento y disolución.

Tal iniciativa privada es vulnerada en su autonomía, libertad e independencia por los actos acusados, los cuales sin autorización de ley pretenden imponer requisitos burlando la iniciativa privada que determina un sistema de mercado con beneficio común.

III.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

A la demanda se le imprimió el tramite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista y alegaciones.

III.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Educación Nacional–, a través de apoderado, al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones aduciendo al efecto, en síntesis, lo siguiente:

1o.): Los cargos de la demanda se despejan con los artículos 1o., 2o., 4o., 6o. a 8o., 38, 140, 142, 143, 148 y 169 de la Ley 115 de 1994, que tiene por objeto desarrollar las políticas educativas del Estado consignadas en la Constitución de 1991.

2o.): Los artículos 14 numeral 10o., 22 y 30 a 32 del Decreto No. 1860 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 115 de 1994, en los aspectos pedagógicos y organizativos generales" desvirtúan los cargos de la demanda así:

a): Una Asociación de Padres de Familia, no es cualquier persona jurídica de derecho privado. Su naturaleza y esencia la conducen hacia un fin superior que es el apoyo a la educación de los hijos de asociados.

b): Esta Asociación apoya la pretensión de un servicio público por ello debe someterse al ordenamiento legal de los servicios públicos, además del ordenamiento legal de las personas jurídicas de Derecho Privado.

3o.): Con la expedición de la Ley 115 de 1994 y del Decreto 1860 del mismo año se previó la participación comunitaria, en desarrollo de los artículo 67 y 68 de la Constitución Política, con las figuras escolares, como gobierno escolar, proyecto educativo institucional, consejo directivo, reglamento interno, etc.

4o.): Pretenden los demandantes que las Asociaciones de Padres de Familia no dependan de nadie. No se puede entender la existencia aislada de un ente que sobrevive en sí mismo, sobre su libre voluntad. No podrá cumplir su objetivo y lo que no tiene razón de ser es absurdo.

5o.): Ya no dependerá de las autoridades educativas la calificación de lícito e ilícito de los comportamientos de la Asociación, porque esta se hará por parte del gobierno escolar.

6o.): Ahora las Asociaciones de Padres de Familia gozan de todas las prerrogativas para federarse, tal como lo reglamenta el artículo 32 de Decreto No. 1860 de 1994.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidaria de que no se acceda a las pretensiones de la demandada por cuanto, a su juicio, considera que los artículos 150 numeral 8o., 67, 68, y 189 numeral 21 de la Carta Política fueron desarrollados por la Ley 115 de 1994 en sus artículos 143, 148, 149, 151 y ss., 168, 169, 171 y 195, en cuanto a la inspección y vigilancia, y 6o. y 7o. literal b) *ibídem,* en cuanto a las Asociaciones de Padres de Familia, por los cual concluye que el Gobierno Nacional tiene facultad para ejercer la inspección y vigilancia de la educación; puede delegar esta función en el Ministro de Educación Nacional, en los Gobernadores y los Alcaldes; puede ocuparse de la reglamentación de las normas legales relacionadas con las Asociaciones de Padres de Familia; y que a su vez los Gobernadores y Alcaldes ejercen la inspección y vigilancia a través de las Secretarías de Educación o de los organismos que hagan sus veces.

En cuanto al argumento que aducen los actores relativo a la naturaleza jurídica de las Asociaciones de Padres de Familia advierte que si los propósitos y fines que unen a sus integrantes apuntan hacia el bien de los hijos y la calidad de la educación impartida, es lógico que sus esfuerzos deben encaminarse a la búsqueda conjunta de una integración entre el centro educativo y la familia del educando y en el cumplimiento de estos fines no tienen cabida el ánimo de lucro ni la actividad política. Y aunque dichas Asociaciones no son sociedades civiles de iniciativa privada, en el evento de que se presenten situaciones que requieran de la intervención de la justicia ordinaria, pueden actuar en tales casos como cualquier persona natural o jurídica, pero en relación con la actividad educativa, están sometidas a la inspección y vigilancia estatal.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Estima la Sala que las pretensiones de la demanda no tienen vocación de prosperidad, por las siguientes razones:

Es un hecho evidente e indiscutible que la función que cumple la Asociación de Padres de Familia esta afectada al servicio público de la educación, es decir, que no puede concebirse la existencia de tales Asociaciones sin un objeto sobre el cual deba recaer su actividad, como es el de la labor educativa.

Así se deduce del texto del Decreto 1003 de 8 de mayo de 1961 "por el cual se crean las Asociaciones de Padres de Familia", expedido por el Gobierno Nacional, en cuyo considerando 3°. Se afirma: "Que en las labores educativas es factor esencialisimo la colaboración estrecha entre maestros y padres de familia".

Los Decretos Nos. 1625 de 1972 y 466 de 1983 fueron expedidos por bajo en vigencia de la Constitución Nacional anterior, la cual en el artículo 120 ordinal 12 facultaba al Presidente de la República como Jefe del Estado, y suprema autoridad administrativa para "Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional" norma a esta que no condicionaba el ejercicio de dicha facultad a la ley, como si lo hace expresamente el artículo 189 numeral 21 de la actual Carta Política.

Ello explica por qué el Gobierno Nacional invocó directamente el ejercicio de dicha facultad constitucional tanto para autorizar la creación de las Asociaciones de Padres de Familia, como para expedir los citados decretos.

Estando afectada la razón de ser de las Asociaciones de Padres de Familia al servicio público de la educación puede afirmarse, sin temor a equívocos que antes de la Carta Política de 1991, como a partir de ésta, la inspección y vigilancia de las mismas corresponde al Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Educación Nacional.

Ahora bien, del contenido de los Decretos Nos. 1625 de 6 de septiembre de 1972 y 466 de 18 de febrero de 1983 no infiere la Sala un vicio de inconstitucionalidad sobreviniente y, por el contrario, advierte que la normatividad de los mismos está acorde

con los artículos 67 y 68 de la norma de normas, que fueron desarrollados por la ley 115 de 1994 y el Decreto Reglamentario 1860 del mismo año.

En efecto, la Carta Política en los artículos citados prevé que el Estado, la Sociedad y La Familia son responsables de la educación; y que los padres de familia forman parte de la comunidad educativa, la cual debe de participar en la dirección de las instituciones de la educación.

Por su parte la Ley 115 de 1994 en su artículo 5° señala los fines de la educación, en el artículo 7o. consagra que la familia es responsable de la educación de los hijos y que debe, entre otros aspectos, participar en las Asociaciones de Padres de Familia.

A su turno, el Decreto 1860 de 3 de agosto de 1994 "por el cual se reglamenta parcialmente la ley 115 de 1994 en los aspectos pedagógicos y organizativos generales", en su artículo 21 prevé que el Consejo Directivo de los establecimientos educativos estatales estará integrado entre otros, por dos representantes de los padres de familia elegidos por la Junta Directiva de la Asociación de Padres de Familia; en su artículo 30 establece que el Consejo Directivo de todo establecimiento educativo deberá promover la Constitución de una Asociación de Padres de Familia, para lo cual podrá citar una asamblea constitutiva; y el artículo 32 prevé la creación de la Federación de Asociaciones.

No se advierte la violación del Preámbulo de la Carta, por la razón a que aluden a los demandantes en el cargo previsto en el literal a), como quiera que no observa la Sala que se esta desconociendo a las Asociaciones de Padres de Familia dentro de la comunidad educativa, sino, todo lo contrario, las normas acusadas están estableciendo la obligatoriedad de su existencia en los planteles educativos.

Tampoco se observa que las disposiciones de los Decretos en estudio sean ajenas a la naturaleza propia de dichas Asociaciones, como se afirma en el cargo referido en el literal b), pues los principios de participación y solidaridad se evidencian del contenido de las funciones a ellas asignadas en el artículo 3o. del Decreto No. 1625 de 1972.

No asiste razón a los actores en los cargos formulados en los literales c), f) y h) ya que imponer como obligación que en todo plantel educativo existan Asociaciones de Padres de Familia, las cuales hoy por mandato constitucional deben conformar la comunidad educativa, no conlleva a impedir el derecho de libre asociación o de reunión, sino todo lo contrario, a garantizarlo a través de la autorización de su constitución, acto que implica, como es obvio, el señalamiento de circunstancias de modo, tiempo y lugar, que en este caso están en armonía con las normas del Decreto No. 1003 de 8 de mayo de 1961, que autorizó la creación de dichas Asociaciones y previó que pudieran darse sus propios estatutos y obtener su correspondiente personería jurídica.

En lo que atañe a las censuras de los literales d) y e) para la Sala tampoco tienen vocación de prosperidad ya que para que pueda predicarse la transgresión del principio de igualdad es menester que se esté en presencia de unas mismas situaciones de hecho,

que permitan por lo tanto reclamar un mismo tratamiento, lo cual no acontece en el caso sub examine pues las Asociaciones de Padres de Familia, como ya se dijo, afecta a las prestación del servicio público de la educación, difieren de las demás asociaciones que no tienen el mismo objeto.

Esta razón también es suficiente para desestimar el cargo relacionado en el literal ñ).

No advierte la Sala que el artículo 10o., del Decreto No. 1625 sea confuso y por lo mismo violatorio del artículo 29 de la Carta Política, como se afirma en el cargo reseñado en el literal g), pues aquél que refiere claramente a las conductas previstas en los artículo 8o. y 9o. del citado Decreto, que constituyen prohibiciones expresas, tanto para las Asociaciones de Padres de Familia como para los propietarios o directivos del plantel educativo.

En lo respecta al artículo 2o. del referido Decreto cabe tener en cuenta que de su contenido no se infiere la facultad de juzgar las actividades lícitas o ilícitas de las Asociaciones de Padres de Familia por parte de los directivos de un plantel educativo, sino de garantizar, como se lee expresamente en su texto el artículo 44 de la Constitución Nacional de 1886, que permitía formar acciones que no fueran contrarias a la moral o al orden legal, por lo cual ante la presencia de una asociación de esta naturaleza era procedente reiterarle a los particulares, como se hizo en la norma cuestionada, la obligación de no obstaculizar o impedir ni retardar el ejercicio de sus actividades.

No observa la Sala que el artículo 5o. del Decreto No. 1625 de 1972 prohíba la creación de ligas de padres de familia más allá del ámbito municipal y que por ello se transgreda el artículo 38 de la Carta Política, a que se refiere el cargo del literal i), pues de su contenido se infiere que está autorizando la constitución de Asociación de segundo y tercer grado, las pueden tener la calidad de federaciones o confederaciones.

En lo que respecta al cargo relacionado en el literal j) que hacen consistir los actores en que no existe una ley expedida por el Congreso de la República que regule a las Asociaciones de Padres de Familia, para la Sala no esta llamado a prosperar pues, como se dijo *ab initio* de estas consideraciones, el artículo 120 ordinal 12 de la antigua Constitución facultaba al Presidente de la República como jefe del Estado y Suprema autoridad administrativa para "Reglamentar, dirigir e inspeccionar la instrucción pública nacional, norma esta que no condicionaba el ejercicio de dicha facultad a la Ley, y siendo la actividad desplegada por las Asociaciones de Padres de Familia afecta a la educación, podía quedar marcada dentro de la facultad constitucional antes mencionada. Actualmente la ley 115 de 1994, y la reglamentada por el Decreto No. 1860 del mismo año, regulan la actividad de dichas asociaciones.

Las consideraciones precedentes sirven también de sustento para desestimar los cargos contenidos en los literales m) y n).

No se advierte que con las normas acusadas se esta transgrediendo el artículo 103 de la Carta Política, como se afirma en el cargo relacionado en el literal k), ya que del contenido de aquéllas no se infiere que su regulación se refiera a alguno de los mecanismos de participación del pueblo en el ejercicio de su soberanía, como tampoco se establece una relación directa de dichos mecanismos con las actividades propias de las Asociaciones de Padres de Familia.

Como se precisó *ab initio* de estas consideraciones, estando relacionada la actividad de las Asociaciones de Padres de Familia con el servicio público educativo y correspondiéndole al Gobierno Nacional la inspección y vigilancia del mismo a través del Ministerio de Educación Nacional, por ende también le corresponde a éste la regulación de las actividades de aquéllas.

Por esta razón no prosperan los cargos contenidos en los literales l) y q).

Conforme se lee en el parágrafo del artículo 148 de la Ley 115 de 1994, el Ministerio de Educación Nacional podrá delegar en las Secretarías de Educación Departamentales y Distritales, entre otras funciones, "los procedimientos que se relacionan con el otorgamiento de personería jurídica para las asociaciones de padres de familia de las instituciones educativas", esta disposición armoniza con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto No. 1068 de 1994 y descarta la transgresión del artículo 211 de la Constitución Política a que se contrae el cargo relacionado en el literal o).

En lo que concierne al cargo relacionado en el literal p) estima la Sala que tampoco está llamado a prosperar ya que del texto de las normas acusadas no se infiere que se esté negando o prohibiendo el acceso a la administración de justicia y, por lo demás, para acudir a la Jurisdicción Civil Ordinaria no se requiere que dichas normas autoricen expresamente que los conflictos que surjan entre los asociados, distintos de los de la labor educativa, puedan dirimirse por ella.

Finalmente, cabe resaltar que las consideraciones precedentes sirven también de fundamento para denegar las súplicas de la demanda en lo que respecta al Decreto No. 1068 de 27 de mayo de 1994, el cual fue expedido bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991 y de la Ley 115 de 1994.

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:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase a los actores la suma depositada por concepto de gestos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 31 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

CIRCULAR/ACTO ADMINISTRATIVO-Inexistencia/**CONTROL JURISDICCIONAL-**Improcedencia/**INEMBARGABILIDAD DE RENTAS Y RECURSOS-**Concepto/**FALLO INHIBITORIO**

Del contenido de la Circular acusada no se infiere que la Administración esté adoptando decisión alguna que implique una manifestación de voluntad capaz de producir efectos jurídicos sino que a través de la misma se da a conocer a las entidades financieras el criterio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en torno de la vigencia del principio de inembargabilidad de los recursos incorporados en el Presupuesto Nacional. Se trata pues de un acto de la Superintendencia Bancaria que se limita a poner en conocimiento una respuesta dada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a una consulta formulada por aquélla, que por lo mismo no puede ser enjuiciable ante esta Jurisdicción, razón por la cual habrá de abstenerse la Sala de proferir pronunciamiento de fondo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3210. Acción: Nulidad. Actora: MARTHA CRISTINA CARVAJAL MOLINA.

La ciudadana MARTHA CRISTINA CARVAJAL MOLINA obrando en supropio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se declare la nulidad de

la Carta Circular número 82 de 26 de septiembre de 1994, expedida por la Superintendencia Bancaria.

I.- EL ACTO ACUSADO

La Carta Circular antes enunciada es del siguiente tenor:

"Para su conocimiento y la implementación de las medidas internas pertinentes, en cada una de las entidades, nos permitimos transcribir el concepto emitido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público relacionado con la inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto nacional, con ocasión de una consulta formulada por esta superintendencia.

Tal como usted lo anota en su escrito de la referencia, mediante la sentencia C-103 del presente año, la honorable Corte Constitucional resolvió declarar inexequible aquella parte del artículo 513 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la necesidad de presentar una certificación del director general de presupuesto para proceder al desembargo de recursos incorporados en el presupuesto nacional que hubieren sido embargados. Con respecto a lo anterior y en particular para efectos de que esa superintendencia ilustre a los establecimientos de crédito en el evento que reciban órdenes de embargo que afecten recursos incorporados en el presupuesto, me permito formular los siguientes comentarios:

'La inembargabilidad de los recursos incorporados en el presupuesto nacional, es un principio que se encuentra vigente en diversas disposiciones de orden legal y reglamentario y por tanto es de obligatoria observancia para todos.

'En efecto, el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 (estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación) establece expresamente dicho principio. Así mismo en el artículo 7o. de la Ley 88 de 1993 (ley anual de presupuesto) se establece que el servidor público que reciba una orden de embargo sobre los recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, está obligado a efectuar los trámites que correspondan con el fin de llevar a cabo el desembargo. Es más, en esta misma norma se establece que cuando los miembros de la rama judicial ordenen el embargo de recursos inembargables, la Contraloría General de la República podrá abrir juicio fiscal de cuentas para recuperar los dineros embargados por cuenta del patrimonio del funcionario que ordenó el embargo.

'También en el artículo lo. del Decreto 1807 de1994 reglamentario del estatuto orgánico del presupuesto general de la Nación, se reitera expresamente la regla general de que las rentas y recursos incorporados en el presupuesto nacional son inembargables.

'La misma Corte Constitucional aclaró suficientemente el tema cuando en la sentencia C-546 de octubre lo. de 1992 declaró exequible el artículo16 de la Ley

38 de 1989, es decir, la regla general de la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación, salvo el caso especifico de los créditos laborales.

'De otra parte, es preciso aclarar que no obstante la sentencia de inexequibilidad arriba referida, en opinión de este despacho el principio de inembargabilidad se encuentra vigente aún en el mismo Código de Preocedimiento Civil y su artículo 513, pues lo que la Corte encontró inconstitucional fue el requisito de la certificación del director general de presupuesto para acreditar el carácter de inembargables de los recursos incorporados en el presupuesto por considerarse vulneratorio del principio de la separación de los poderes y la autonomía de la rama judicial consagrada en el artículo 228 de la Carta.

'De hecho la misma Corte Constitucional ratifica la eficacia del principio de inembargabilidad presupuestal cuando a manera ilustrativa en la parte motiva de la mencionada sentencia dice lo siguiente:.

En consecuencia, el inciso tercero del artículo 513, quedará así:

Si llegaren a resultar embargados bienes de esta índole, se efectuará desembargo de los mismos'.

De acuerdo a (sic) lo anterior queda suficientemente reiterada la vigencia del mencionado principio de la inembargabilidad presupuestal tal y como se encontraba establecido tanto en las normas de presupuesto como en el artículo 513 del Código de Procedimiento Civil. Lo que hay que aclarar a propósito de la inexequibilidad contenida en la sentencia C-103 antes referida, es que cuando se llegaren a practicar medidas ejecutivas de embargo sobre este tipo de recursos, operará directamente la regla general de que en tal evento deberá procederse inmediatamente al desembargo, sin necesidad de que medie la certificación en tal sentido del director general de Presupuesto por ser ésta contraria a la Constitución. Lo cual no obsta para que dicho certificado pueda de todas formas ser allegado dentro del expediente correspondiente, como una prueba documental de carácter presupuestal y por lo tanto inembargable de los recursos, la cual deberá ser apreciada por el juez de acuerdo con los principios de valoración probatoria consagrados en la ley.

'Con base en lo anteriormente expuesto, este despacho estima de suma importancia que esa superintendencia aclare a sus entidades vigiladas que no es acertada la tesis según la cual a partir de la expedición de la referida sentencia C-103 haya de entenderse que todas las órdenes emanadas de los despachos judiciales serán de inmediata ejecución o cumplimiento por parte de los establecimientos de crédito aún cuando afecten recursos del presupuesto nacional, puesto que en tales circunstancias se estaría contrariando la ley. Por el contrario, hay que reiterar la obligatoriedad del principio de inembargabilidad de los recursos del presupuesto como regla general de acuerdo a (sic) la normatividad vigente.

NOTA : La presente carta circular está dirigida a los representantes legales de las instituciones financieras."

II-. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones la actora invoca la manifiesta violación de los artículos 13, 25, 29, 53, 228 y 230 de la Constitución Política; 2o, a 4o, de la Ley 58 de 1982 y 68, 76, 174 a 178 y 267 del C.C.A.

Adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o): El acto acusado viola disposiciones constitucionales que protegen en forma especial el derecho al trabajo y a la igualdad, ya que las sentencias judiciales que condenan a la Nación, deben poseer por lo menos, las mismas garantías de las demás sentencias judiciales. Esto es, que para su cumplimiento no se impongan trabas o dilaciones como las que se plantean en las normas acusadas.

2o): La Administración Pública está utilizando su poder para entrabar el cumplimiento de unas sentencias con fines completamente contrarios a los que justifican la Ley 58 de 1982 y el artículo 3o, del C.C.A., que claramente disponen que las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia e imparcialidad.

Es injusto que una persona después de demostrar que ha sido sancionada ilegalmente por la Administración y se ordene en un fallo su reintegro y el pago de los salarios dejados percibir, la Nación le imponga requisitos adicionales para su cumplimiento.

3o): Es principio general que el cumplimiento de sentencias judiciales favorables a los trabajadores se cumplan en forma inmediata y sin requisito adicional alguno. Es ilegal e injusto que la Superintendencia Bancaria a través de la Circular acusada, reproduzca actos administrativos (cuya nulidad se pidió por separado), e imponga requisitos adicionales a los establecidos en las sentencias respectivas que ordenan reintegros y pagos de salarios con ajuste de valor, intereses comerciales y moratorios. En la práctica, con la Circular que se impugna, la superintendencia Bancaria legisla en favor de los bancos que tienen como cliente al Estado, para evitar que los fallos judiciales que condenan al reintegro y pago de salarios de los trabajadores se cumplan.

4o): Los actos acusados contenidos en la Circular que se demanda coinciden en el propósito de entrabar el cumplimiento de las sentencias: el artículo lo, del Decreto No, 1807 de 3 de Agosto de 1994, expresamente indica que las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación son inembargables, en contraposición con lo dispuesto en el artículo 177 del C.C.A, que establece como norma general que "tales condenas –sentencias de reintegro–, además serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria". También contraría el artículo 174 de la misma obra que estipula que "las sentencias ejecutoriadas serán obligatorias para los particulares y la administración, no estarán sujetas a recursos distintos a los establecidos en este código".

Igualmente contradicen el artículo 175 del mismo Código, según el cual "la sentencia que declare la nulidad del acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*".

5o): También se le pide al demandante que ganó un proceso documentos que reposan en poder de la Administración y pruebas de hechos que deben ser suficientemente conocidos por la Nación si se tiene en cuenta que en su nombre no solamente actúan apoderados especiales sino los agentes del Ministerio Público, por ejemplo: le piden al demandante que ganó su proceso copia auténtica de la sentencia con la constancia de notificación y ejecutoria para el pago directo.

Transcurridos 30 días dentro de los cuales debió haberse cumplido el fallo y agotados los 18 meses previstos para el proceso ejecutivo, los demandantes quedan desprovistos de título para embargar y despojarlos de su pago por la morosidad de la Administración Pública.

No tiene justificación alguna que el Ministerio de Hacienda pida al demandante una copia auténtica del acto administrativo por medio del cual se reintegra al afectado, dado que esta es una obligación de la Administración Pública.

6o): Otro requisito inconstitucional por ilegal y arbitrario es exigirle al demandante una copia del acta de posesión o su equivalente, cuando no le han pagado ni sus salarios ni sus prestaciones y cuando el requisito de posesión sólo debe operar en los casos de nombramiento porque así lo exige la ley y no cuando se trata de reintegros que son órdenes judiciales que restablecen la situación jurídica en que se encontraban los demandantes, en el momento en que se produjo el acto ilegal anulado por decisión judicial.

7o): Otro requisito arbitrario que se les pide a los demandantes que ganaron sus procesos: es el certificado sobre salarios, primas, bonificaciones y demás emolumentos dejados de percibir a partir de la ejecutoria del acto anulado hasta la fecha de reintegro. Es la prueba al revés, casi una prueba diabólica porque le piden a un particular que consiga la prueba de algo que debe hacer la Administración, con el agravante de que el certificado debe ser expedido por el pagador y refrendado por el auditor.

III-. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.I.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Superintendencia Bancaria–, a través de apoderado contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones adujo, en síntesis, lo siguiente:

1o): El acto acusado no tiene el propósito de entrabar el cumplimiento de fallos jurisdiccionales sino poner de presente a las entidades financieras vigiladas el concepto emitido por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, donde se reitera el principio de

inembargabilidad de los recursos incorporados al Presupuesto general de la Nación plasmado en el artículo 16 de la Ley 38 de 1.989, hoy modificado por el artículo 60, de la Ley 179 de 1994 y compilado por el artículo 18 del Decreto 360 de 1995.

2o): El acto administrativo acusado no tiene la virtud de vulnerar los derechos fundamentales al trabajo ni a la igualdad de las personas frente a la ley.

Además, la existencia del principio de la inembargabilidad no implica que los administrados no tengan la posibilidad de adelantar el cobro ejecutivo de obligaciones a cargo de las entidades estatales, pues ello sería manifiestamente inconstitucional. Prueba de ello es que el legislador de manera concomitante a la prohibición de proferir órdenes de embargo sobre recursos públicos, consagra el procedimiento que se debe seguir para obtener el pago de sentencias condenatorias.

El hecho de que por regla general no sea procedente decretar una medida cautelar de embargo sobre recursos públicos, no implica que las sentencias judiciales en donde se condene a la Nación estén desprovistas de las garantías que tienen las demás providencias.

3o): No se vislumbra que la demandada al expedir el acto acusado haya utilizado la competencia que tiene de instruir a las entidades vigiladas sobre la normatividad que regula su actividad, con fines distintos a los previstos por la ley que le otorgó esta función. Siendo ello así, no se estructura la pretendida falsa motivación por desviación de poder ya que el acto acusado no se expidió con el ánimo de favorecer a los establecimientos de crédito vigilados y tampoco pretendió vulnerar ninguno de los principios que rigen la función pública previstos en el artículo 3o., del C.C.A.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado de lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se denieguen las pretensiones de la demanda por cuanto considera, en síntesis, que los cargos aque alude ésta no guardan relación con el tema de que se ocupa el acto acusado y más bien pareciera que los argumentos esgrimidos por la actora pertenecieran a otro proceso en el cual se demandan las normas que dan soporte al principio de inembargabilidad, que no están en discusión en este proceso.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Del contenido de la Circular acusada no se infiere que la Administración esté adoptando decisión alguna que implique una manifestación de voluntad capaz de producir efectos jurídicos sino que a través de la misma se dé a conocer a las entidades financieras el criterio del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en torno de la vigencia del principio de inembargabilidad de los recursos incorporados en el Presupuesto Nacional.

Se trata pues de un acto de la Superintendencia Bancaria que se limita a poner en conocimiento una respuesta dada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público a una

consulta formulada por aquélla, que por lo mismo no puede ser enjuiciable ante esta Jurisdicción, razón por la cual habrá de abstenerse la Sala de proferir pronunciamiento de fondo; como en efecto se dispondrá 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:

1o): INHÍBESE de proferir pronunciamiento de fondo por las razones aducidas en la parte motiva de este proveído.

2o): TIÉNESE como apoderado de la Nación –Superintendencia Bancaria– al abogado ALVARO MONTERÓN AGON, en los términos y para los fines del memorial poder visible a folio 138.

Devuélvase a la actora la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 31 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

POTESTAD REGLAMENTARIA-Límite Temporal/**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA**-Funciones/**SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD**-Consecuencia/**REGLAMENTACIÓN DE LA LEY/PROGRAMAS DE MAESTRÍA**

Para la Sala es evidente que el único cargo que se fórmula en contra de los actos acusados adolece en absoluto de vocación de prosperidad, por cuanto el fundamento legal que se invoca en su sustento, vale decir, haberse procedido a su expedición con posterioridad al vencimiento del término de los seis meses que consagraba el artículo transitorio 142 de la Ley 30 de 1992 para que el Gobierno Nacional "...expida las normas reglamentarias de la presente Ley", desapareció del mundo jurídico como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de dicha expresión por parte de la H. Corte Constitucional mediante sentencia No. C-022 de enero 27 de 1994, por considerarse que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como atribución constitucional permanente radicada en su cabeza, no tiene límite temporal alguno.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3145. Actor: César Augusto Otálvaro Sánchez.

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 César Augusto Otálvaro Sánchez en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del

C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad de los artículos 1, 5 y 6 del Decreto No. 1403 de 21 de julio de 1993, "por el cual se reglamenta la Ley 30 de 1992", expedido por el Gobierno Nacional.

I.-ANTECEDENTES

a.- Los hechos de la demanda

En ellos el actor se refiere a la expedición de la Ley 30 de 1992, a las facultades conferidas al Gobierno Nacional en su artículo 142 y a las materias reguladas por los actos acusados.

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El demandante considera que con la expedición del acto acusado se violó el artículo 142 de la Ley 30 de 1992, pues este sólo "... facultó al Gobierno Nacional para que en un plazo de seis (6) meses contados a partir de su vigencia, expidiera la reglamentación de la Ley mencionada. No obstante la claridad y la perentoriedad de las facultades conferidas en el Artículo 142 de la Ley 30 de 1992, el Presidente de la República invocando las atribuciones conferidas en el Artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, desconoció la Ley 30 de 1992 al prorrogarse a sí mismo, las facultades a él concedidas en la Ley 30 de 1992, mediante reglamentación transitoria por vía de Decreto sin que mediara autorización legal, transgrediendo de esta manera la regulación contenida en la norma jerárquicamente superior de la Ley 30 de 1992, pues además de producirse, en virtud de la disposición ejecutiva mencionada, una violación desde el punto de vista formal, se conculcaron disposiciones inherentes a la competencia del órgano legislativo del poder público, pues quien está autorizada para ampliar el plazo para el ejercicio de facultades reglamentarias es la Ley que otorgó esas mismas facultades y no el ejecutivo".

c.- Las razones de la defensa

Ellas son en síntesis las siguientes, contenidas en los escritos de contestación de la demanda y en el alegato de conclusión presentados oportunamente por la parte demandada (fls. 42 y 43, 125 y 126):

1.- Teniendo en cuenta que el artículo 142 de la Ley 30 de 1992 hay que entenderlo en el sentido que, por una parte, confiere al Gobierno la facultad de reestructurar al ICFES y a la Universidad Nacional dentro de los 6 meses siguientes a su expedición, y por otra, ordena al Gobierno la expedición de las normas reglamentarias necesarias para su aplicación, es indudable concluir que los 6 meses no se refieren a la potestad reglamentaria que tiene el Gobierno, pues ésta al no tener límite en el tiempo puede ser ejercida siempre que toda norma lo requiera para su debido cumplimiento.

2.- A lo anterior "es conveniente resaltar parte del contenido del artículo 5 del decreto demandado, en cuya parte final insiste en que lo que hagan las instituciones con respecto a programas de postgrado se hará con sujeción a la reglamentación que expida el Gobierno

Nacional sobre la materia. Queda así exteriorizada la voluntad del Gobierno para reglamentar cada vez que sea necesario".

3.- "Por el contrario, las reestructuraciones de las instituciones se hacen con facultades *'pro tempore'*, pues es lógico que las instituciones no pueden estar transformándose en su estructura permanentemente".

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 2 de diciembre de 1994 se dispuso la admisión de la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los artículos acusados (fls. 27 a 31).

Mediante proveído de 19 de julio de 1995 (fl. 124) se corrió traslado a las partes y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto. Procedieron a ello la parte demandada (fls. 125 y 126) y el mencionado funcionario (fls. 127 a 129).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación solicita denegar las súplicas de la demanda en razón de que el decreto acusado es un típico Decreto Reglamentario expedido por el Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria a él conferida por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política y, por ello, "... cuando el artículo 142 de la Ley 30 de 1992 dice que se faculta al Gobierno Nacional para que en un plazo de seis (6) meses reestructure al Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior (ICFES) y a la Universidad Nacional de Colombia, y expida las normas reglamentarias de la presente Ley, ha de entenderse que el término de seis meses allí indicado sólo opera en cuanto se refiere a la facultad extraordinaria que allí se otorga al Gobierno para la reestructuración de los organismos de educación superior, pero de ninguna manera el plazo allí fijado limita en el tiempo la potestad reglamentaria del Gobierno para ocuparse de las reglamentaciones necesarias para la ejecución de la referida Ley".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Luego del correspondiente estudio, para la Sala es evidente que el único cargo que se formula en contra de los actos acusados adolece en absoluto de vocación de prosperidad, por cuanto el fundamento legal que se invoca en su sustento, vale decir, el haberse procedido a su expedición con posterioridad al vencimiento del término de los seis meses que consagraba el artículo transitorio 142 de la Ley 30 de 1992 para que el Gobierno Nacional "... expida las normas reglamentarias de la presente ley", desapareció del mundo jurídico como consecuencia de la declaratoria de inexequibilidad de dicha expresión por parte de la H. Corte Constitucional mediante sentencia No. C-002 de enero

27 de 1994, por considerarse que el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, como atribución constitucional permanente radica en su cabeza, no tiene límite temporal alguno, tal como lo puntualizó esta Sección al decidir sobre la solucitud de suspensión provisional de las disposiciones acusadas y lo recalcó recientemente en sentencia proferida el 18 de agosto del año en curso al decidir una acusación idéntica a la que se formula en este proceso, en contra del Decreto 836 de 27 de abril de 1994, "por el cual de establecen los procedimientos para la creación y funcionamiento de programas de Maestrías", expedido por el Gobierno Nacional (Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Juan Jesús Rodríguez Vargas, expediente No. 3201).

En consecuencia, al no prosperar la acusación formulada por el actor, ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contecioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

FALLA:

Primero.- DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- En firme esta sentencia, con envío de copia, comuníquese a la señora Ministra de Educación Nacional y archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS-Edad Promedio/ **EMPRESA DE TRANSPORTE/RUTAS Y HORARIO-**Autorización

Son atendibles las razones de la defensa en cuanto que, para la valorización de la edad promedio, se tuvo en cuenta la fecha más próxima a la expedición del acto administrativo, pues este promedio puede variar por la continua vinculación o desvinculación de vehículos. Encuentra la Sala que la explicación es lógica tratándose, como en el presente caso, de un servicio público cuya prestación se debe garantizar en condiciones óptimas, una de las cuales es la relativa a la edad de los vehículos que lo sirven. Revisando las disposiciones del numeral 2 del artículo 57 y el artículo 58 del Decreto 1927 de 1991, no se vislumbra violación ninguna de las mismas por parte del acto demandado puesto que, en ninguna de ellas se fija en que momento del procedimiento se debe hacer el promedio del parque automotor.

SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE DE PASAJEROS/INTRA/DISPONIBILIDAD DE HORARIOS-Publicación/**CONCESIÓN-**Requisitos/**PRINCIPIOS ORIENTADORES DE LAS ACTUACIONES ADMINISTRATIVAS/PRINCIPIO DE IMPARCIALIDAD**

Aspecto bien distinto presenta lo que en el acto demandado hace referencia al artículo 57, numeral 4 del Decreto 1927 de 1991. En el numeral 4 hace el Decreto una concesión de diez puntos a una de las empresas que presentaren propuestas para las nuevas rutas y horarios o áreas de operación, frecuencias de despachos disponibles. Son dos los requisitos que se exigen para obtener esos diez puntos: a) Que la empresa formule la solicitud inicial para servir las rutas y horarios o áreas de operación. b) Que la empresa cumpla con lo

establecido en el artículo 51 "del presente decreto". Queda ampliamente demostrado que la empresa actora si había formulado "la solicitud inicial", cumpliendo en esta forma el primer requisito del artículo 57, numeral 4, del Decreto 1927 de 1991. En las conclusiones y recomendaciones del estudio se afirma que las empresas peticionarias cumplieron con los requisitos exigidos en el Decreto 1927 de 1991. Es decir, como ya se relievó ut supra, se cumplieron los requisitos del artículo 51 *ibídem*. La resolución 04650 del 4 de octubre de 1993, con base en el estudio 145 de 1993, decide negar las propuestas de las empresas que no alcanzaron el puntaje de la media aritmética, adjudicar o autorizar la prestación del servicio las rutas y horarios disponibles a dos de las empresas que superaron esa media aritmética y negar la propuesta presentada por la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., "por no existir ninguna disponibilidad de horarios". En la Resolución 06727 de diciembre 22 de 1993, "por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 04650, se queda corta la Administración pues no explica por cuál motivo la disposición del numeral 4 del artículo 57 no es aplicable en este caso. Si bien es cierto que el estudio fue realizado oficiosamente, es fácil observar que lo dispuesto en el artículo 57 es una sucesión lógica del artículo 56 y no se vislumbra por parte alguna la base legal de la discriminación que se requiere hacer al no aplicar a la empresa accionante los diez puntos a que tiene derecho según se ha demostrado con toda nitidez en estas consideraciones. Resulta entonces, por lo dicho, violado el artículo 57, numeral 4, del Decreto 1927 de 1991 por parte de las resoluciones acusadas, razón por la cual debe ser declarada su nulidad. Debe decirse que con la actuación deficiente de la Administración, al omitir la aplicación del numeral tantas veces mencionado, resulta violado el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo en el que se señala la imparcialidad como uno de los principios orientadores delas actuaciones administrativas.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 2898. Autoridades Nacionales. Actora: Coop. Santandereana de Transportadores Ltda. - COPETRÁN.

Se dispone la Sala a fallar la acción de nulidad y restablecimiento del derecho interpuesta por la empresa de la referencia contra las siguientes resoluciones expedidas por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito: 04650 del 4 de octubre de 1993, por la cual se resuelven las propuestas presentadas a la publicación de oficio de la disponibilidad de horarios en la ruta Cúcuta-Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga) y 06727 del 22 de diciembre de 1993, por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anteriormente citada.

LOS ACTORES ACUSADOS

Mediante la primera de las Resoluciones citadas el INTRA decidió autorizar a las empresas "Transportes y Turismo Berlinas del Fonce S.A. -BERLINASTUR S.A.-" y "Expreso Brasilia S.A.", la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en la ruta Cúcuta-Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga), así:

Saliendo de Cúcuta

BERLINASTUR S.A.: 15:00; vic.12:00

EX. BRASILIA S.A.: 18:00; vic. 15:00

Así mismo, se decidió negar las propuestas de otras empresas, entre ellas "COPETRÁN", por no existir mayor disponibilidad de horarios.

Por medio de la segunda de las Resoluciones referenciadas se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, confirmándola en todas sus partes. Este acto administrativo fue notificado personalmente al representante de Copetrán el día 30 de diciembre de 1993.

Se pretende con la demanda que se decrete la nulidad de los actos acusados, así como el restablecimiento del derecho en el sentido de asignarle a COPETRÁN, por quien corresponda, los horarios disponibles en la ruta a que se refieren los actos administrativos impugnados.

LOS FUNDAMENTOS DE HECHO de la demanda son los siguientes:

Según la parte motiva de la Resolución Nº 01644 de 12 de marzo de 1992, por la cual se autorizó a las empresas TRASAN S.A. y EXPRESO BRASILIA S.A. para prestar el servicio de transporte en la ruta Cúcuta-Barranquilla (vía Ocaña), COPETRÁN se opuso a la prestación de ese servicio demostrando la no disponibilidad del mismo y mejores garantías por la vía Bucaramanga. EL INTRA reconoció tal oposición en el literal d) de la página 10 de la Resolución.

COPETRÁN desde mucho antes había solicitado la prestación del servicio en la ruta Cúcuta-Barranquilla (vía Bucaramanga); mediante peticiones radicadas bajo los números 03549 y 05359 de marzo y mayo de 1985.

Mediante Resolución No. 1696 de 2 de abril de 1993, el INTRA repuso la Resolución No. 01644 de 1992 por la cual se había autorizado a TRASAN S.A. y Expreso Brasilia la prestación del servicio en la ruta Cúcuta-Barranquilla (vía Ocaña).

El INTRA sin resolver las peticiones sobre la ruta Cúcuta-Barraquilla (vía Bucaramanga), ordenó de oficio la publicación de la disponibilidad de horarios en la mencionada ruta, mediante Resolución No. 03334 de 5 de julio de 1993.

COPETRÁN no se opuso a la publicación de la disponibilidad y presentó propuesta para prestar el servicio en las condiciones señaladas por el Decreto 1927 de 1991.

En la Resolución 04650 de 4 de octubre de 1993, acto acusado, no se le respetó a COPETRÁN la condición de solicitante inicial y, para determinar la edad promedio del parque automotor, no se le aplicaron los criterios señalados para tal efecto por el Decreto 1927 de 1991. La precitada Resolución fue confirmada por la No. 06727 de 22 de diciembre de 1993.

NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y LA EXPLICACIÓN DE LA VIOLACIÓN

El actor señala como tales los artículos 57 (numeral 2° y 4°) y 58 del Decreto 1927 y los artículo 3°, 9° y 35 del Código Contencioso Administrativo.

Al entrar en la explicación de la violación que denuncia, el actor manifiesta que la Resolución acusada, infringe las normas que le sirven de fundamento.

A este propósito, señala que la metodología establecida para la evaluación de las propuestas, se encuentra consagrada por el artículo 57 del Decreto 1927 de 1991, numerales 2° y 4° en los cuales se dan las fórmulas para calcular la edad promedio de los vehículos, independientemente de la clase de vehículo y se estipula que la empresa que formula la solicitud inicial para servir las rutas y horarios o áreas de operación y que cumplan con lo establecido en el artículo 51 del mismo Decreto, tendrá 10 puntos.

Dice que al analizar el contenido del Estudio No. 145 y teniendo en cuenta lo dispuesto por el numeral 2° del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991, se encuentra que se promedió la edad del parque automotor de Copetrán de 8.62 años para la época en que se evaluó su propuesta, hecho que no se ajusta a lo ordenado legalmente según análisis que hace seguidamente. Por otra parte, agrega, y con respecto al beneficio que concede el numeral 41 del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991, y luego de que el Intra le manifestó expresamente que le respetaría su condición de solicitante inicial, ésta fue desconocida y se le negó el puntaje que por ley le correspondía.

Manifiesta más adelante el actor que la Resolución 4650 de 1993 adolece de la falsa motivación, pues la información que esta contiene es insuficiente, "debido a que solo alude a los resultados de una actuación en cifras, remitiendo en los restantes al texto de un estudio (No. 145), lo sustrae al afectado del acto y coloca lo sustancial de la motivación por fuera del mismo".

Hace también notar que el acto fue expedido en forma irregular puesto que, "la transgresión a los numerales 2° y 4° del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991 condujo que la evaluación de la propuesta de Copetrán arrojara una calificación inferior a la real y legalmente (sic) no tenía derecho, lo que igualmente determinó que se aplicaran incorrectamente las reglas a que se refieren el artículo 58 del mismo decreto". Luego de hacer los cálculos de adjudicación de rutas y horarios, de conformidad con el artículo 58

del Decreto 1927 y considerando el puntaje de las demás empresas conforme lo estableció el estudio 145 de 1993 concluye con la afirmación de que la irregular expedición de la Resolución acusada debe propiciar la declaración de su nulidad y la adjudicación de los servicios a Copetrán "en la forma y proporción que en H. Corporación determine".

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda en la forma legal, se hicieron presentes para responder los cargos la Empresa Brasilia S.A., y el Ministerio de Transporte mediante apoderados judiciales legalmente constituidos. La empresa Berlinastur a pesar de haber sido notificada de la demanda no compareció al proceso.

La primera, al exponer las razones de la defensa, manifiesta que no es cierto que se hayan transgredido normas de derecho en la expedición del acto atacado, puesto que el Intra "siguió el procedimiento establecido por el Decreto 1927 de 1991 para la adjudicación de rutas y horarios y demás normas pertinentes relacionadas con los puntajes de calificación para dicha adjudicación, en especial el de la valoración de la edad promedio del parque automotor, que debe tomarse en fecha de la edad promedio del parque automotor, que debe tomarse en fecha próxima a la expedición del acto administrativo y no en la fecha de la solicitud o de la publicación de oficio, pues en este lapso los cambios que ocurran, que son frecuentes, hacen variar el promedio de edad".

Por su parte, el apoderado de la Nación –Ministerio de Transporte– dice también que al dictarse el acto acusado, se siguió el procedimiento establecido en el Decreto 1927 de 1991 y normas legales concordantes. Que al adjudicarse la ruta y los horarios, se tuvo en cuenta el estudio técnico No. 145 del mes de septiembre de 1993, elaborado por la División de Empresas y Rutas del liquidado INTRA CENTRAL, donde se evaluó las solicitudes presentadas, llegando a la conclusión de que se le dio estricto cumplimiento a los artículo 51 y 57 del Decreto No. 1927 de 1991 y encontrándose disponibilidad de solo dos (2) horarios por sentido en la ruta Cúcuta-Barranquilla, vía Bucaramanga, las cuales se autorizaron a las empresas BERLINASTUR S.A. y EXPRESO BRASILIA S.A., por haber obtenido un puntaje de calificación de 69.82 y 67.22 respectivamente, frente a un puntaje 66.26 de la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda.

En cuanto a la evaluación de la edad promedio del parqueo Automotor, agrega el apoderado del Ministerio, "la División de Empresas y Rutas, ofició a la Regional Santander en el mes de septiembre, solicitándole la relación del Parque Automotor certificado y con base en esta información, evaluó este factor y concluyó que no es correcto tomar la edad promedio del mes de mayo, porque la empresas constantemente están vinculando y desvinculando vehículos, motivo por el cual, cada vez que se efectúa una adjudicación de rutas y horarios, se solicita esta relación". Rebate finalmente los cargos de desviación de poder y de falsa motivación, pues el actor no procesa, ni demuestra, la presunta falsa motivación por falta de elementos probatorios.

Los conceptos de los profesionales que apersonan en el proceso a las dos entidades respondientes, son ratificados en sus alegatos de conclusión presentados en la oportunidad procesal correspondiente.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Novena Delegada en lo contencioso ante esta Corporación, al desconocer el traslado ordenado por el Despacho Sustanciador, expone su concepto sobre la materia de la litis y solicita a la Sala que se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su criterio, aduce la funcionaria, entre otros, los siguientes planteamientos:

> "Conforme al numeral 4o. del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991: "La empresa que formule la solicitud inicial para servir las rutas y horarios o áreas de operación y que cumpla con lo establecido en el artículo 51 del presente decreto tendrá 10 puntos". Por consiguiente, si el Intra le comunicó a la empresa demandante que le respetaría su condición de solicitante inicial y como se presume que esta cumplió con lo establecido en el artículo 51 *ibídem,* pues no se ha demostrado lo contrario debido asignarle los 10 puntos.
>
> "Está de acuerdo esta Delegada además con el actor, que si (sic) la solicitud inicial debe reunir los requisitos del artículo 51 como lo prevé el artículo 56 *ibídem*, del Decreto 1927 y teniendo en cuenta que el Intra debía respetarle a la empresa demandante su condición de solicitante inicial debido a asignarle igualmente la edad promedio de 5.83 años al parque automotor dada en la Resolución 0259 del 14 de mayo de 1993 que según lo expresa la misma, tiene una vigencia de cinco años a partir de la fecha de su expedición; observándose además, que el Decreto 1927 de 1991 no señala un término dentro del cual deba evaluarse la edad promedio del parque automotor".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto demandado, esto es, la Resolución No. 04650 de 1993, otorgó a dos empresas de transporte autorización para servir la ruta de servicio publico de pasajeros Cúcuta-Barranquilla y viceversa y negó la propuesta presentada por otras cuatro empresas por no alcanzar el puntaje de la media aritmética, así como a la empresa accionante en este proceso Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda". "por no existir mayor disponibilidad de horarios".

El primero de los artículos que el actor señala como violado con el acto demandado, es el 57 , numeral 2o. y 4o. del Decreto 1927 de 1991, cuyo texto es el siguiente:

> "ARTÍCULO 57.-Para la evaluación y análisis de las diferentes propuestas, se tendrán en cuenta lo siguientes factores:
>
> "……

"2. Edad promedio del parque automotor: Con un máximo de 20 puntos. Se calculará la edad promedio de la totalidad de los vehículos de la empresa independientemente de la clase de vehículo de acuerdo con las siguientes fórmulas:

".....

"4. Solicitud: La empresa que formule la solicitud inicial para servir las rutas y horarios o áreas de operación y que cumpla con lo establecido en el artículo 51 del presente decreto, tendrá 10 puntos".

En relación con la "edad promedio", aparece, en principio, una clara contradicción entre el acto demandado y las pruebas aducidas. En efecto mientras la Resolución 04650 de octubre de 1993 se fundamenta en estudio numero 145 de 1993 (fl. 6), que calcula la edad promedio del parque de la empresa demandante -COPETRÁN-, en 8.62 (fl. 30), aparecen dos constancias autenticas, firmadas por el jefe de la División de Transporte del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito en Santander en el que certifica, tanto en el mes de mayo de 1993 como en el mes de octubre del mismo año, mes en el que se expidió la Resolución cuestionada, que la edad promedio obtenida por la empresa COPETRÁN LTDA., según estudio de esa División, es de cinco puntos ochenta y tres años (5.83). Es de hacerse notar que en la página 5ª del mismo estudio 145 (fl. 31) se afirma que "la división de Empresas y Rutas de la Oficina Central, ofició a las diferentes regiones en las cuales las empresas tiene su jurisdicción solicitando la relación del parque automotor certificado para poder evaluar este factor". Se tiene, entonces, que son dos las informaciones que existen en el expediente sobre la "edad promedio" que tenia el parque automotor de la empresa demandante al momento de dictarse la Resolución enjuiciada:

La primera es la que contiene dos constancias de igual texto, actuantes a folios 70 y 71 del expediente, fechadas en mayo 17 a octubre 26 de 1993, en las que se certifica que "según estudio realizado por esta División para calificación de la empresa COPETRÁN LTDA., ésta obtuvo una edad promedio del parque automotor de CINCO PUNTO OCHENTA Y TRES AÑOS (5.83)".

La segunda información es la que trae el estudio 145 del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, fechado en septiembre de 1993, según el cual la edad promedio del parque automotor de la Empresa COPETRÁN es de 8.62 (folio 30 del expediente). Esta información es coincidente con la certificación que, a petición del Consejero conductor de este proceso, expidió la Dirección General de Transporte de Tránsito Terrestre Automotor, Regional Santander, según la cual, la edad promedio del parque automotor de la misma empresa, para septiembre de 1993, era de ocho años.

Resumiendo, es de deducir que las constancias de los folios 70 y 71 se refieren al promedio del parque automotor de Copetrán en el mes de mayo de 1993. El estudio 145 y la información allegada a solicitud de esta Corporación, se refieren al promedio del

mismo parque automotor en el mes de septiembre del mismo año, esto es, el dato más próximo a la fecha de expedición de la resolución, 4 de octubre de 1993.

En este sentido, son atendibles las razones de la defensa en cuanto que, para la valoración de la edad promedio, se tuvo en cuenta la fecha más próxima a la expedición del acto administrativo, pues este promedio puede variar por la continua vinculación o desvinculación de vehículos. Encuentra la Sala que la explicación es lógica tratándose, como en el presente caso, de un servicio público cuya prestación se debe garantizar en condiciones óptimas, una de las cuales es la relativa a la edad de los vehículos que lo sirven.

Así pues, revisando las disposiciones del numeral 2° del artículo 57 y del artículo 58 del Decreto 1927 de 1991, no se vislumbra violación ninguna de las mismas por parte del acto demandado puesto que, en ninguna de ellas se fija en qué momento del procedimiento se debe hacer el promedio del parque automotor.

En las anteriores condiciones no son atendibles los argumentos de la parte actora con los que pretende se le tenga en cuenta la edad promedio del equipo automotor de 5.83.

Aspecto bien distinto presenta lo que en el acto demandado hace referencia al artículo 57, numeral 4° del Decreto 1927 de 1991 cuyo texto ya se reprodujo al comienzo de estas consideraciones.

En el numeral 4° hace el decreto una concesión de 10 puntos a unas de las empresas que presentaren propuestas para las nuevas rutas y horarios o áreas de operación, frecuencias de despachos disponibles.

Son los dos requisitos que se exigen para obtener esos 10 puntos: a) Que la empresa formule la solicitud inicial para servir las rutas y horarios o áreas de operación. b) Que la empresa cumpla con lo establecido en el artículo 51 "del presente decreto".

En cuanto al primer requisito, esta demostrado en el expediente, con pruebas aportadas por la misma entidad demandada, que la empresa COPETRÁN formulo "la solicitud inicial" para servir las rutas y horarios disponibles, estas son las pruebas:

a) En el Oficio DER-0-303 del 10 de junio de 1993. El jefe de la división de Empresas y Rutas del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, con el visto bueno del Subdirector de Transporte Intermunicipal, se le comunica al gerente de la empresa demandante "que el INTRA respetará la condición de solicitante inicial" (fl. 46 del expediente).

b) En el acto principal demandado, la Resolución 04650 de octubre 4 de 1993, consta en los considerados que la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., fue la primera en las propuestas, "radicado No. 3550 de julio 29 de 1993 ante la Regional Santander...". (fl. 7 del expediente).

c) La Resolución No. 06727 de diciembre 22 de 1993, confirmatoria de la anterior, dice en el primer numeral de sus considerandos: "...una vez finalizado su proceso iniciará

con su solicitud radicada en el mes de diciembre de 1992 como se le ofició mediante el DER-0-303 del 13 de julio que como empresa solicitante para todos los casos deberá someterse al procedimiento de asignación de rutas y horarios en el sistema de publicación de oficio en el INTRA le respetará la condición de solicitante inicial. Hecho que fue confirmado en el acta N° 05 del Comité Nacional de Rutas y Horarios y Zonas de Operación en el cual se debatió la adjudicación de la mencionada ruta el día 22 de septiembre de 1992".

d) La manifestación de ese reconocimiento de "solicitante inicial", es nuevamente confirmado en el memorial de contestación de la demanda por parte del señor apoderado del Ministerio de Transporte (fl. 150 del expediente, primer párrafo. Parte final.

Queda ampliamente demostrado que la empresa actora si había formulado "la solicitud inicial", cumpliendo en esta forma el primer requisito del artículo 57, numeral 4, del Decreto 1927 de 1991.

En relación con el segundo requisito, esto es, que la empresa cumpla con lo establecido en el artículo 51 del Decreto 1927 de 1991, se tiene que la actora lo satisface a cabalidad, como seguidamente se explica:

El artículo en mención establece los requisitos que debe cumplir una empresa de transporte para solicitar rutas, horarios y áreas de operación.

Según el estudio No. 145 de 1993, en el cual se fundamentó la Resolución bajo juicio, dentro de los términos consagrados por la ley, después de que el Intra ordenara la publicación de disponibilidad de horarios en la ruta Cúcuta-Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga), presentaron propuestas las siguientes empresas:

Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., Transportes Puerto Santander S.A. -TRASAN S.A.-, Berlinas del Fonce S.A., Cooperativa Multiactiva de Taxistas y Transportadores Unidos Ltda. -COTAXI LTDA.-, Expreso Brasilia S.A., Cooperativa Integral de Transportadores OMEGA LTDA., y Transportes La Costeña Durán y Cía. S.C.A.

Al entrar en el análisis de las peticiones, se dice en el estudio cuáles empresas, entre las peticionarias, cumplían los requisitos exigidos en la normatividad. Entre ellas está la demandante. Esos requisitos atienden, como es natural, a los exigidos en el artículo 51 y demás normas pertinentes del Decreto 1927 de 1991.

Después de hacerse la evaluación y calificación de factores y la calificación de las empresas, especifica el estudio 145 (folio 34 del expediente), que "por tratarse de una publicación de oficio efectuada por el INTRA no se tiene en cuenta los diez (10) puntos, como solicitante inicial para servir las rutas y horarios o áreas de operación a ninguna empresa". No se fundamenta sin embargo tal decisión en ninguna norma jurídica, en ninguna disposición del Decreto que demarca el procedimiento para la concesión de las rutas y horarios.

En las conclusiones y recomendaciones del estudio se afirma que las empresas peticionarias cumplieron con los requisitos exigidos en el Decreto 1927 de 1991. Es decir, como ya se relievó *ut supra*, se cumplieron los requisitos del artículo 51 *ibídem*. Con anterioridad se había hecho constar que por encima de la media aritmética estaban las empresas Berlinastur S.A., Brasilia S.A. y Copetrán LTDA.

La Resolución No. 04650 del 4 de octubre de 1993, con base en el estudio 145 de 1993, decide negar las propuestas de las empresas que no alcanzaron el puntaje de la media aritmética. adjudicar o autorizar la prestación del servicio en las rutas y horarios disponibles a dos de las empresas que superaron esa media aritmética y negar la propuesta presentada por la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., "por no existir ninguna disponibilidad de horarios".

La Resolución No. 06727 de diciembre 22 de 1993, "por la cual se decide el recurso de reposición interpuesto por la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda. "COPETRAN", contra la Resolución No. 04650 del 4 de octubre de 1993 expedida por la Dirección General del INTRA", al hacer las consideraciones previas a la decisión, lo único que dice en relación con los argumentos expuestos por el recurrente, es "...que son dos situaciones totalmente diferentes ya que la publicación de oficio tiene un tratamiento diferente al tratamiento dado para la adjudicación de rutas y horarios solicitada por una empresa"; pero se queda corta la Administración en la respuesta pues no explica por cuál motivo la disposición del numeral 4 del artículo 57 no es aplicable en este caso. Si bien es cierto que el estudio fue realizado oficiosamente, es fácil observar que lo dispuesto en el artículo 57 es una sucesión lógica del artículo 56 y no se vislumbra por parte alguna la base legal de la discriminación que se quiere hacer al no aplicar a la empresa accionante los diez puntos a que tiene derecho según se ha demostrado con toda nitidez en estas consideraciones.

Resulta entonces, por lo dicho, violado el artículo 57, numeral 4, del Decreto 1927 de 1991 por parte de las resoluciones acusadas, razón por la cual debe ser declarada su nulidad.

De contera, debe decirse que con la actuación deficiente de la Administración, al omitir la aplicación del numeral tantas veces mencionado, resulta violado el artículo 3° del Código Contencioso Administrativo en el que se señala la imparcialidad como un de los principios orientadores de las actuaciones administrativas.

Respecto del restablecimiento del derecho, pretende la actora que a título de tal, se le asignen por quien corresponda, los horarios disponibles en la ruta a que se refieren los actos administrativos impugnados. En este punto considera la Sala que a esta solicitud deba accederse en el sentido de reconocer a la empresa demandante los 10 puntos a que tiene derecho, conforme con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991, y en atención a su calidad de solicitante inicial.

Dadas las circunstancias anteriores y de acuerdo con los factores que deba tenerse en cuenta a la luz del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991, los porcentajes de las empresas

calificadas para la adjudicación de rutas y horarios disponibles en el caso de autos, son los siguientes:

Empresa	Calificación	Parque Automotor	Cubrimiento	Total
COPETRÁN	**Inicial 34.88**			
	Más los 10 puntos aquí reconocidos 10.oo			
	Total 44.88	**22.38**	**20.oo**	**76.26**
BERLINASTUR	**35.16**	**14.66**	**20.oo**	**69.82**
BRASILIA S.A.	**37.04**	**15.54**	**14.64**	**67.22**

Las determinaciones anteriores encuentran respaldo legal en el artículo 170 del C.C.A., según el cual "para restablecer el derecho particular, los organismos de lo contencioso administrativo podrán estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, y modificar o reformar éstas".

Así las cosas, las empresas que deben autorizarse para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en los dos horarios disponibles en la ruta Cúcuta-Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga) son COPETRÁN LTDA., y BERLINASTUR S.A., quedando, consecuencialmente excluida por virtud de esta providencia la empresa Expreso Brasilia S.A.

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

FALLA:

Primero.-DECRÉTASE LA NULIDAD de las Resoluciones No. 04650 de 4 de octubre de 1993 y 06727 de 22 de diciembre del mismo año, ambas proferidas por el Instituto Nacional de Transporte -INTRA-, en cuanto autorizaron a las empresas Transporte y Turismo Berlinas del Fonce S.A. "BERLINASTUR S.A." y Expreso Brasilia S.A., para la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en la ruta Cúcuta-Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga).

Segundo.- A título de restablecimiento del derecho y de acuerdo con la parte motiva de esta providencia, la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor –Ministerio de Transporte– procederá a autorizar a las empresas Cooperativa Santandereana de Transportadores S.A., y Transportes Turismo Berlinas del Fonce S.A., la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en la ruta Cúcuta- Barranquilla y viceversa (vía Bucaramanga), así:

Saliendo de Cúcuta:

COPETRÁN: 18:00; vic. 15:00

BERLINASTUR: 15:00; vic. 12:00

Tercero.-DEVUÉLVASE a la parte actora o su apoderado, la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 31 de agosto de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

SOCIEDAD TRANSPORTADORA-Constitución/**ESTATUTO DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASAJEROS POR CARRETERA**-Aplicación/**SERVICIO PÚBLICO DE PASAJEROS POR CARRETERA**-Aplicación/**SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE TERRESTRE AUTOMOTOR DE PASAJEROS/VEHÍCULO**-Microbús y Busetas/**RUTAS Y HORARIOS/LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO/INTRA**

Cabe resaltar que cuando las normas que se invocan como transgredidas se refieren al acto de autorización de constitución previa de una sociedad, precisamente están facultando al INTRA, o a la entidad que haga sus veces, para que PREVIAMENTE O ANTICIPADAMENTE a que la sociedad comercial, que señalan los requisitos para la constitución. Si el objeto de la autorización recae sobre una futura sociedad, el acto acusado sólo puede referirse a ella y no a las personas naturales que la conforman, quienes no pueden prestar el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera, por estar reservado a las personas jurídicas. Si bien es cierto que dentro de los aspectos que deben indicarse en el acto con autorización de constitución previa de una sociedad no se hallan los aludidos en las normas acusadas, no lo es menos que reiterar que el objeto de la sociedad que se pretende constituir debe tener dicho objeto, según se deduce inequívocamente del parágrafo del artículo 983 del C. de Co., y que una vez constituida también debe cumplir con los requisitos necesarios para obtener la licencia de funcionamiento. La seriedad de la propuesta significa que la empresa autorice la constitución de la sociedad a fin de prestar el servicio público de transporte. Luego, si la póliza avala dicha seriedad, en el evento de que se desvirtúe la misma deberá responder por ello, que es

precisamente lo que se busca con la exigencia de tal documento. Para la sala no se ha desvirtuado por la actora la presunción de legalidad que ampara a los actos acusados, razón por la cual deben denegarse las súplicas del libelo demandatorio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3154. Nulidad y restablecimiento del derecho. Actora: Sociedad Transportes de Madrid Juan XXIII S.A.

La sociedad TRANSPORTES DE MADRID JUAN XXIII S.A. "SOTRAM JUAN XXIII S.A.", a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 de C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1a): Es nula la Resolución No. 03336 de 15 de julio de 1993 "por la cual se concede autorización previa de constitución a la empresa denominada EXPRESO DE SOL S.A. y se resuelven unas oposiciones presentadas por TRANSPORTES DE MADRID JUAN XXIII S.A. y RÁPIDO EL CARMEN LTDA." expedida por la Directora Liquidadora del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

2a): Es nula la Resolución No. 06264 de 3 de diciembre de 1993 "por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos por las empresas TRANSPORTES DE MADRID JUAN XXIII S.A. "SOTRAMJUAN XXIII S.A.", RÁPIDO EL CARMEN LTDA., FLOTA CHÍA LTDA., TRANSPORTES EXPRESO CUNDINAMARCA LTDA. Y CÍA. S. C. A., COOPERATIVA DE MOSQUERA Y FUNZA LTDA., EXPRESO DE LA SABANA LTDA. Y AUTOBOY S.A., contra la Resolución No. 03336 del 15 de julio de 1993 expedida por la Dirección General del Intra", emanada de la Directora Liquidadora del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

3a) Como consecuencia de las declaraciones anteriores se declare sin ningún efecto la Resolución N°0508 de agosto de 1992, expedida por el Director regional del INTRA de Cundinamarca, por medio de la cual se ordenó la publicación de la solicitud de autorización previa de Constitución, rutas y horarios, de la sociedad EXPRESO DEL SOL S.A.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1a) Se violó el parágrafo único del artículo 983 del C. de Co. cuando el INTRA dispuso en el artículo 1o. de la Resolución No. 03336 del 15 de julio de 1.993 conceder

la autorización previa de constitución a la empresa denominada EXPRESO DEL SOL S.A., ya que en ese instante no existía dicha sociedad por cuanto era apenas una hipotética o presunta sociedad en formación que requería precisamente de la autorización previa de constitución para acudir a protocolarizarla en la copia auténtica de la escritura de constitución.

Con precipitud inusitada, irregular e inexplicable el INTRA está dando entidad jurídica a un ente inexistente, sin que se hubieran satisfecho las formalidades previas exigidas por la ley para ello.

La autorización previa de constitución se concede a los interesados, en este caso a personas naturales, y no a una empresa de transporte inexistente.

2o): Se violó el artículo 11 literal a) del Decreto No. 1927 de 1.991 porque en la Resolución No. 03336 el INTRA reserva rutas y horarios a quien no lo solicita y de contera a una supuesta persona jurídica, que para la fecha de expedición del acto es inexistente ya que los "interesados" que menciona la norma citada son 5 personas naturales que aún no han constituido la empresa EXPRESO DEL SOL S.A.

3o): Los artículos 3o. y 6o. de la citada Resolución 03336 son improcedentes y ajenos al objeto del articulado referente a la autorización previa de constitución, que señala el artículo 11 del decreto No. 1927 de 1991.

En primer lugar, el objeto social señalado en la resolución no corresponde fijarlo al INTRA sino a los interesados dentro del contrato que celebren, en el trámite de su escritura de constitución. A dicha entidad sólo le corresponde, cuando se presenten los requisitos de la licencia de funcionamiento, constatar que la escritura de constitución tiene un objeto social acorde con el servicio de transporte que se pretende servir.

4o): La póliza presentada por los peticionario no señala de manera expresa el objeto que establece el artículo 5o. numeral 4o. del Decreto No. 1927 de 1991 ya que no se ampara por parte de los solicitantes la disponibilidad del estudio de factibilidad y que la disponibilidad encontrada no difiere en más de un 50% del resultado de la verificación que efectúe el INTRA.

5o): El otorgamiento de la ruta Mosquera - Funza - Santa Fe de Bogotá - y viceversa, a la supuesta empresa EXPRESO DEL SOL S.A. es violatorio del artículo 3o. del C.C.A. porque a pesar de que la solicitud de la demandante fue anterior a la formulada por los interesados en la conformación de la sociedad EXPRESO DEL SOL S. A., el INTRA decidió concederles la ruta a éstos, en oposición a lo estipulado en la norma legal citada.

II. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.

El anterior marco teórico servirá para analizar la realidad jurídica de las Contralorías a la luz de la Constitución Nacional y de algunas normas de rango legal, para ver qué cualidades se otorgan a estos entes y si ellas le permiten ser sujetos de derechos o de obligaciones, en cuyo caso diremos que comparten el núcleo esencial de una persona jurídica o en defecto, habrá de negársele la condición de persona jurídica.

Por mandato del artículo 267 de la Carta Política, la Contraloría es una "entidad" de carácter técnico a la cual la propia Constitución la dotó de "autonomía administrativa y presupuestal".

Observa la Sala cómo la Carta le dio carácter de ente al máximo organismo de control fiscal a nivel nacional y para que tal caracterización no perdiera su esencia, le atribuyó autonomía administrativa y presupuestal; es decir, capacidad de regular por sí misma su gestión administrativa y el consiguiente manejo de su presupuesto sin ninguna clase de tutela. Tales atribuciones otorgadas por el constituyente, lo fueron en la mira de fortalecer la gestión fiscal, para lo cual se previó la necesidad de delimitar cada vez más la Contraloría del resto de la administración, buscando que con independencia ejerza el control sobre los recursos fiscales que el constituyente le otorgó como función primordial al ente contralor.

El aspecto finalístico de todos los organismos o entidades creados por el Estado relativo a la eficacia, en el ejercicio de las funciones atribuidas por el constituyente, o la ley, permiten afirmar que tal principio finalístico de la eficacia no tendría razón de ser, si a las contralorías no se les calificara con el atributo de la independencia, la autonomía, el ser entes, y en fin, el de ser sujetos de derechos y obligaciones, todo lo cual comporta como ya se ha visto, la esencia de una persona jurídica. Por eso, y lo resalta la Sala, la Constitución Nacional calificó a la Contraloría General de la República de entidad y la dotó de autonomía.

Ahora bien, pasando al ámbito legal, la Sala advierte cómo al tenor del artículo 31 de la Ley 42 de 1993, los órganos de control fiscal fueron dotados de la facultad de contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas, facultad de contratación que lleva *per se* la de ser sujetos de derecho en el respetivo contrato, vale decir, ser sujetos de derechos y entes pasivos de obligaciones. A este propósito de la autonomía contractual aquí tratada, conviene destacar, cómo al tenor del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, conocido como el Estatuto Contractual, el Contralor General de la República quedó dotado de competencia para dirigir procesos licitatorios o concursos y para celebrar contratos estatales a nombre de la Contraloría, que no de la Nación.

La autonomía administrativa, presupuestal y contractual atribuida por la Constitución y la Ley, como ha quedado visto, fue ratificada en los artículos 53 y 57 de la Ley 42 de 1993, ya mencionada.

En el Título II de la Ley 42 de 1993, denominado "De los organismos de control fiscal y sus procedimientos jurídicos" el artículo 57 dispone que "en los procesos contecioso administrativos la Contraloría General de la República estará representada por

el Contralor General o por el abogado que él delegue" y el artículo 65 prevé las Contralorías departamentales, distritales y municipales realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en esta ley y dentro de dichos procedimientos está contemplada la facultad consagrada en el mencionado artículo 57, razón por la cual el Contralor Distrital puede asumir la representación de la Contraloría en los procesos contencioso administrativos.

La Ley 106 de 1993, artículo 31, numeral 7, estableció que es función del Contralor General "llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad".

De lo anteriormente expuesto, es claro que de los atributos de autonomía administrativa, presupuestal y contractual de que se ha dotado al ente contralor a nivel nacional, surge la posibilidad de que éste sea sujeto de derechos y obligaciones, identificándose en consecuencia los atributos esenciales inherentes a la persona jurídica.

Concluye entonces la Sala, que al tenor de las normas analizadas, la Contraloría General de la República sí está dotada de personería jurídica, y en consecuencia puede ser parte en los procesos y la representación será la del señor Contralor General de la República.

Ahora bien, como quiera que el inciso 3o. del artículo 272 de la Carta Política ordenó a las Asambleas y Concejos organizar las contralorías como entidades técnicas con autonomía administrativa y presupuestal y como quiera que en materia contractual la competencia predicada para el Contralor General de la República, lo es también para los contralores departamentales, municipales y distritales literal b, numeral 3o. artículo 11 de la Ley 80 de 1993, según autorización del inciso 5o. del artículo 272 de la Constitución Nacional, fuerza concluir que por mandato constitucional y legal, las contralorías departamentales, municipales y distritales, participan de los mismos atributos esenciales de la Contraloría General de la República, por lo tanto, la Sala considera que todas las contralorías son portadoras de personalidad jurídica y esto les hace ser, huelga repetir, sujetos de derechos con capacidad de contraer obligaciones; en consecuencia, están capacitadas para ser partes procesales y ser representadas judicialmente por sus respectivos contralores.

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

RESUELVE:

REVÓCASE el numeral 2o. del auto apelado, y en su lugar se dispone:

1. DECRÉTASE LA NULIDAD DEL PROCESO desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

2. Como consecuencia de la declaración anterior, ADICIÓNASE el auto admisorio de la demanda disponiendo la notificación personal del mismo al Contralor Distrital de Santa Fe de Bogotá, D. C.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 7 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente
CON ACLARACIÓN DE VOTO

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Con aclaración de voto

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: La jurisprudencia anterior modifica el criterio de la Sección establecido entre otros con las providencias de 16 de marzo de 1990, Exp. 1423, Actora: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA; del 4 de abril de 1991, Exp. 1289, Actor: WILSON LEAL ECHEVERRY, ambos con ponencia del Doctor LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. Después de la vigencia de Constitución de 1991, sentencia del 5 de agosto de 1991, Exp. 2650, Actores: ARMODIO RAMOS CASTILLO Y OTROS, Consejero ponente: Doctor MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ y expresamente modifica la jurisprudencia del 9 de diciembre de 1994, Exp. 2685, Actor: AQUILES TORRES BRETÓN, Consejero Ponente: Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, en la cual el Doctor LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ salvó el voto para rectificar su criterio y expresa que las Contralorías gozan de personería jurídica, resultado de un análisis sistemático del nuevo régimen constitucional y legal vigente. La Aclaración de Voto del Doctor ERNESTO RAFAEL ARIZA expresa que comparte la decisión adoptada pero sigue considerando que es el legislador el que siempre ha atribuido expresamente personería jurídica, a las entidades públicas, Además, dice: "Disiento sin embargo en cuanto en la parte motiva de la providencia que ha dado origen a esta aclaración se afirma que de los atributos de Autonomía administrativa, presupuestal y contractual de que se ha dotado al ente Contralor a nivel nacional surge la posibilidad de que sea sujeto de derechos y obligaciones. No comparto tal aserto porque el hecho de que una dependencia o entidad tenga patrimonio y presupuesto propios y pueda celebrar contratos, no conlleva a afirmar que está revestida de personería jurídica. No puede olvidarse a este respecto que el Decreto Ley 222 de 1983 facultaba a los Ministerios y Departamentos Administrativos para celebrar contratos y no por eso se les consideraba como personas jurídicas sino como dependencias de la Nación, de la cual sí se predica dicha calidad". NOTA DE RELATORÍA: Se reitera en sentencia de enero 26 de 1996. Expediente No. 2990, Consejero Ponente: DR. RODRIGO RAMÍREZ GONZÁLEZ, Actor: EMPRESA OBRAS SANITARIAS PROVINCIA DE OBANDO - EMPOOBANDO.-

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ AL AUTO DE FECHA 11 SEPTIEMBRE DE 1995

Referencia: Expediente No. 3405. Actor: Fabio Puyo Vasco. Ponente: Doctora Nubia González Cerón.

La aclaración de voto del suscrito Consejero en relación con la providencia de la referencia, tiene por objeto dejar constancia de que con ocasión de la sentencia del 9 de diciembre de 1994, dictada dentro del proceso No. 2685, Actor: Aquiles Torres Bretón, Ponente: Doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en la cual, con fundamento en la doctrina tradicional la Sala afirmó que las contralorías carecían de personalidad jurídica, salvé el voto por considerar lo contrario, de acuerdo con los argumentos allí expresados, de los cuales transcribo a continuación los principales, que en términos generales coinciden con los contenidos en la providencia objeto de esta aclaración:

"3.- La Constitución Política de 1991 introdujo las siguientes normas en nuestro régimen constitucional:

"El artículo 113 establece que,

"Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

"Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado...".

"El artículo 117 determina que el Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control'.

"A su vez, el artículo 267 precisó que 'La Contraloría es una entidad de carácter técnico 'con autonomía administrativa y presupuestal'.

"De otra parte, el artículo 272 consagra que 'corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal'.

"La misma norma anterior advierte que '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 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el 'ejercicio de la vigilancia fiscal'.

"4.- En desarrollo de la Constitución Política de 1991 se dictó la Ley 42 de 1993, 'sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen', y que según su artículo 1o. comprende el conjunto de preceptos que regulan los principios, sistemas y procedimientos de control fiscal financiero, de los organismos que lo ejercen en los niveles nacional, departamental y municipal y de los procedimientos jurídicos aplicables.

"De esta ley, para el efecto que estamos analizando, deben destacarse las siguientes normas:

"El artículo 31 establece que los órganos de control fiscal podrán contratar la vigilancia de la gestión fiscal con empresas privadas colombianas...Parágrafo... Los contratos se celebrarán entre el contralor respectivo y el concursante seleccionado con cargo al presupuesto del órgano de control fiscal correspondiente.

"El artículo 53, prevé que en desarrollo de los artículos 113, 117 y 267 de la Constitución Nacional, la Contraloría General de la República tiene autonomía presupuestal, adminisratíva y contractual'.

"El artículo 57, precisa que en ejercicio de la autonomía contractual el Contralor General de la República suscribirá en nombre y representación de la entidad, los contratos que debe celebrar en cumplimiento de sus funciones. En los procesos contencioso administrativos la Contraloría General de la República estará representada por el Contralor General o por el abogado que él delegue.

"El artículo 66 ordena que en desarrollo del artículo 272 de la Constitución Nacional, las asambleas y concejos distritales y municipales deberán dotar a las contralorías de su jurisdicción de autonomía presupuestal, administrativa y contractual, de tal manera que les permita cumplir con sus funciones como entidades técnicas'.

"5.- Concretamente para la organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República se expidió la Ley 106 de 1993, en cuyo artículo 31, numeral 7, se estableció que es función del Contralor General llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad.

"6.- La Ley 80 de 1993, 'por la cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, en su artículo 2o. enumera entre las 'entidades públicas' a la Contraloría General de la Repúblíca y a las contralorías departamentales, distritales y municipales.

"A su vez, el artículo 11 de esta ley establece que 'tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la entidad respectiva', además del Presidente de la República en 'nombre de la Nación', el Contralor General de la República y a nivel territorial, además de los gobernadores, alcaldes y los representantes legales de otras entidades, los contralores departamentales, distritales y municipales.

"7.- Del análísis armónico del conjunto de normas constitucionales y legales anteriormente citadas, en mi concepto se llega fácilmente a la conclusión de que tanto la Contraloría General de la República como las contralorias departamen-

tales, distritales y municipales tienen personalidad jurídica por las siguientes consideraciones:

"La noción de persona jurídica no está dada por la Constitución. Por su parte, algunos textos legales en ciertos casos, como los indicados en la sentencia respecto de entidades públicas, reconocen expresamente el carácter de persona jurídica a determinadas entidades.

"Sin embargo, lo anterior no quiere decir que solamente tengan el atributo de la personalidad jurídica las entidades respecto de las cuales la ley expresamente les otorgue esa calidad.

"En efecto, de acuerdo con la doctrina generalmente reconocida 'entiéndese por sujeto de derecho o persona el ente que tiene capacidad para ser sujeto de las normas jurídicas (activa o pasivamente)' (Arturo Valencia Zea y Álvaro Ortíz M., Derecho Civil, Parte General y Personas, 13a. edición, 1994, Edit. Temis, Bogotá, pág. 254). A su vez, la ley (art. 633 del Código Civil) precisa que 'se llama persona jurídica una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

"De tal manera que si la Constitución ha reconocido a las contralorías el carácter de 'entidades' con 'autonomía administrativa y presupuestal' y que 'podrán contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal (art. 272), capacidad de contratación que la ley extiende a la celebración de contratos en general en cumplimiento de sus funciones (arts. 31, 53, 57 y 66 de la Ley 42 de 1993 y 2o. y 11 de la Ley 80 de 1993) y que llega hasta reconocer expresamente al Contralor General 'la representación legal de todos los asuntos que en ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad' (art. 31-7 de la Ley 106 de 1993), debe concluirse que las normas legales le están otorgando a estas entidades el atributo de ser sujetos de derecho, es decir, la capacidad de ejercer derechos y contraer obligaciones, de lo cual se deriva necesariamente la de ser representadas judicial y extrajudicialmente, que se traduce sencilla y jurídicamente en que se trata de personas jurídicas, con las consecuencias que de ello se derivan".

Con todo respeto,

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

ACLARACIÓN DE VOTO

Referencia: Expediente No. 3405. Actor: FABIO PUYO VASCO.

Aun cuando comparto la decisión adoptada, sin embargo debo aclarar el voto por las siguientes razones:

Sigo considerando, conforme quedó consignado en la sentencia de 9 de diciembre de 1994 (Expediente No. 2685, Actor: Aquiles Torres Bretón), de la cual fuí ponente, que la Ley siempre ha atribuido expresamente personería jurídica a las entidades públicas. Prueba fehaciente de ello es que en tal caso de la Contraloría General de la República el Título II de la Ley 42 de 1993, denominado "De los organismos de control fiscal y sus procedimientos jurídicos", en el artículo 57 fue muy claro en señalar que "la Contraloría General de la República estará representada por el Contralor General o por el abogado que él delegue", preceptiva que reafirmó el artículo 31 numeral 7o. de le Ley 106 de 1993 al estatuir que es función del Contralor General "llevar la representación legal de todos los asuntos que en el ejercicio de sus funciones se presenten a favor o en contra de la entidad".

Respecto de las Contralorías Departamentales, Distritales y Municipales el artículo 65 de la referida Ley prescribe que "realizan la vigilancia de la gestión fiscal en su jurisdicción de acuerdo con los principios, sistemas y procedimientos establecidos en esta Ley", por lo cual se predican en relación con ellas idénticos procedimientos jurídicos a los de la Contraloría General de la República, lo que equivale a decir que también están investidas de personería jurídica y su representante legal es el correspondiente Contralor.

Disiento sin embargo en cuanto en la parte motiva de la providencia que ha dado origen a esta aclaración se afirma que de los atributos de autonomía administrativa, presupuestal y contractual de que se ha dotado al ente Contralor a nivel nacional surge la posibilidad de que sea sujeto de derechos y obligaciones. No comparto tal aserto porque el hecho de que una dependencia o entidad tenga patrimonio y presupuesto propios y pueda celebrar contratos, no conlleva a afirmar que está revestida de personería jurídica. No puede olvidarse a este respecto que el Decreto Ley 222 de 1983 facultaba a los Ministerios y Departamentos Administrativos para celebrar contratos y no por eso se les consideraba como personas jurídicas sino como dependencias de la Nación, de la cual sí se predica dicha calidad.

Fecha ut supra,

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ
Consejero

MONOPOLIO POSTAL/SERVICIO POSTAL/MENSAJERÍA ESPECIALIZADA/LICENCIA/SERVICIO DE CORREO/CONTRATO DE CONCESIÓN

El artículo impugnado, lejos de establecer un monopolio estatal de la mensajería especializada- como lo señala el demandante-, por el contrario acentúa la posibilidad de que los particulares se involucren en la prestación de los servicios postales, al prever expresamente que ellos podrán ser adjudicados a particulares mediante el régimen de concesión (correos) y licencia (mensajería especializada). La distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos- como especies del género común de servicios postales-, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada.

SERVICIO POSTAL/MENSAJERÍA ESPECIALIZADA/POTESTAD REGLAMENTARIA/GOBIERNO NACIONAL-Facultades

El inciso cuarto del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar, entre otros aspectos , "...las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales...",dentro de los cuales está concluido el de la mensajería especializada. Si el Gobierno Nacional está facultado por la ley para reglamentar los indicados aspectos no resulta ajeno

a tal reglamentación, sino que es circustancial a ella, el señalamiento de las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada y los requisitos para el otorgamiento de la licencia, a que se contrae el parágrafo del artículo 6o. y el inciso segundo del artículo 17 acusados, pues tales aspectos están intimamente relacionados con las calidades, condiciones y requisitos que corresponde reglamentar al Gobierno Nacional para la prestación del referido servicio.

SERVICIO POSTAL/MONOPOLIO ESTATAL/INGRESOS BRUTOS DE EXPLOTACIÓN/USO DE LICENCIAS/FONDO DE COMUNICACIONES- Pago

El artículo 24 literal b) del decreto parcialmente acusado determina que todas las personas naturales o jurídicas que obtengan concesión para la prestación del servicio postal de mensajería especializada pagarán en forma trimestral al fondo de comunicaciones por concepto de uso de las licencias el 15% de sus ingresos brutos de explotación. Para la Sala no asiste razón al actor en esta censura dado que, como quedó expresado en la sentencia de la Corte Constitucional antes mencionada, el servicio de mensajería especializada forma parte del servicio postal y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 constituye un monopolio estatal. De tal manera que la tarifa del 15 de los ingresos brutos de explotación que por concepto del uso de las licencias deben pagar las personas naturales o jurídicas por la prestación del servicio postal de mensajería especializada encuentra pleno respaldo en el mencionado inciso 4o. del artículo 37, que expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tales efectos, por lo cual habrá de desestimar el cargo en estudio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3236. Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte.

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 Luis Carlos Sáchica Aponte en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad parcial de los artículos 2o., 6o., 17, 18, 24, 25 y 37 del Decreto 229 de 1o. de febrero de 1995, "Por el cual se reglamenta el Servicio Postal", expedido por el Gobierno Nacional.

A pesar de que el actor no solicita en forma expresa la declaratoria de nulidad de los artículos 26, 27, 38, 39, 40 y 41 del citado decreto, pero dada la circunstancia que en el cuarto cargo del libelo demandatorio se discute su legalidad, la Sala los considera igualmente demandados.

I.- ANTECEDENTES

A.- Los actos acusados

Son los siguientes en los apartes que aparecen subrayados:

"ARTÍCULO 2o. ENVÍOS DE CORRESPONDENCIA Y OTROS OBJETOS POSTALES. Se entiende por envíos de correspondencia y otros objetos postales las cartas, las tarjetas postales, los aerogramas, a las facturas, los extractos de cuentas, los recibos de toda clase, los impresos, los periódicos, los envíos publicitarios, cecogramas, las muestras de mercaderías, los pequeños paquetes, y los demás objetos que cursen por las redes postales del servicio de correosy del servicio de mensajeria especializada, hasta (2) kilogramos de peso".

"ARTÍCULO 6o. SERVICIOS DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA. Se entiende por servicio de mensajería especializada, la clase de servicio postal prestado con independencia de las redes postales oficiales del correo nacional e internacional, que exige la aplicación y adopción de características especiales, para la recepción, recolección y entrega personalizada de envíos de correspondencia y demás objetos postales, transportados vía superficie y/o aérea en el ámbito nacional y en conexión con el exterior.

"PARÁGRAFO.- Las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada son:

"a. Registro individual de cada envío. Todo envío de mensajería especializada debe tener un número de identificación individual.

"b. Recolección a domicilio. Si el cliente lo solicita el servicio de mensajería debe efectuar la recolección en el domicilio del usuario o cliente solicitante.

"c. Admisión. El servicio de mensajería debe expedir un recibo de admisión o guía. por cada envío, en el cual debe constar:

"– Número de identificación del envío.

"– Fecha y hora de admisión.

"– Valor del servicio.

"– Nombre y dirección completa del remitente y destinatario.

"– Fecha y hora de entrega.

"d. Curso del envío. Todo envío de mensajería debe cursar con una copia del recibo de admisión o guía adherido al envío.

"e. Tiempo de entrega. Los envíos de mensajería especializada se caracterizan por la rapidez en la entrega. El servicio de mensajería debe prestarse en condiciones normales con unos tiempos de entrega no superiores a:

"Veinticuatro (24) horas en servicio urbano.

"Cuarenta y ocho (48) horas de servicio nacional a cualquier lugar del país.

"Noventa y seis (96) horas en servicio internacional.

f. Prueba de entrega. El cliente usuario del servicio de mensajería especializada puede exigir la prueba de entrega del envío donde consta fecha hora de entrega firma o identificación de quien recibe".

"ARTÍCULO 17o. OTORGAMIENTO DE LA LICENCIA PARA EL SERVICIO DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA. La prestación del servicio de mensajería especializada nacional, y en conexión con el exterior, se concederá directamente, en régimen de libre competencia, a personas naturales o jurídicas, mediante licencia, con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad de que trata la Ley 80 de 1993.

"Para el otorgamiento de la licencia se deberá cumplir con los siguientes requisitos:

"1. Solicitud escrita, donde se deberá informar en forma clara precisa sobre las siguientes características esenciales del servicio y aportar lo siguiente:

"a. Clase de mensajería especializada que prestará la empresa nacional y/o en conexión con el exterior.

"b. Localidades del país y países desde y hacia donde se prestará el servicio.

"c. Razón social y nombre con el que se distinguirá el servicio.

"d. Tiempo de entrega que ofrecerá a los usuarios. En ningún caso los tiempos de entrega que se ofrezcan podrán ser superiores a los exigidos en el artículo 6o. del presente Decreto.

"e. Una póliza de seguros o una garantía bancaria expedida por una compañía de seguros o entidad debidamente constituída autorizada por la Superintendencia Bancaria que garantice la admisión, transporte y entrega de los envíos, en concordancia con el artículo 6o., del presente Decreto, así como los daños y perjuicios a que puedan tener derecho los usuarios del servicio por un monto de por lo menos trescientos (300) salarios mínimos legales mensuuales; vigente por el término de la concesión y un año más.

"El monto que cubre la póliza de que trata este literal deberá mantenerse siempre vigente. Su incumplimiento dará lugar en cualquier caso a la cancelación de la licencia.

"f. Clase de garantías que ampararán el pago de indemnizaciones incluido el servcio asegurado cuando el cliente o usuario así lo requiera.

"g. Descripción de la organización administrata (sic) y operativa, infraestructura física y técnica; recursos humanos y esquema del plan de recolección admisión transporte y distribución.

"2. Acreditar ser persona natural o jurídica, consorcio o unión temporal inscrita en la Cámara de Comercio, cuya actividad mercantil u objeto social contemple la prestación de los servicios de mensajería especializada, con un capital social, suscrito y pagado, no inferior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales.

"3. Ser capaz para contratar y no estar incurso en las causales de incompatibilidad, inhabilidad y prohibiciones de que trata el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública".

"ARTÍCULO 18o.- TÉRMINO DE DURACIÓN Y AMPLIACIÓN DEL CUBRIMIENTO INICIALMENTE AUTORIZADO. Las concesiones y licencias serán otorgadas por un término de cinco (5) años, prorrogables por un lapso igual al inicial.

"Para que los concesionarios o licenciatarios puedan ampliar el cubrimiento inicialmente autorizado, requerirán permiso previo del Ministerio de Comunicaciones".

"ARTÍCULO 24o. CÁNONES DEL SERVICIO DE MENSAJERÍA ESPECIALIZADA. Todas las personas naturales o jurídicas que obtengan concesión para la prestación del servicio postal de mensajería especializada, pagarán al Fondo de Comunicaciones:

"a) por concepto del otorgamiento de la licencia una suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

"b) por concepto de uso de las licencias el 4% de sus ingresos brutos de explotación .El cual debe ser Pagado en forma trimestral.

"PARÁGRAFO 1- La Administración Postal Nacional - ADPOSTAL, estará sujeta al pago de los cánones establecidos en el presente artículo, una vez obtenga del Ministerio de Comunicaciones, previa solicitud, la licencia respectiva para operar también el servicio de mensajería especializada.

"PARÁGRAFO 2- Los dineros recibidos por el Ministerio de Comunicaciones por concepto del pago de los cánones por las licencias de los servicios de correos y mensajería especializada ingresarán al Fondo de Comunicaciones y se podrán

destinar a proyectos de correo social, rural o urbano, y cubrir los gastos de vigilancia control de las concesiones y licencias otorgadas así como a las demás actividades del Fondo.

"PARÁGRAFO 3- El Ministerio de Comunicaciones dispondrá todo lo necesario para ejercer a vigilancia y control del servicio de mensajería especializada y podrá contratar con firmas públicas o privadas de auditoría el control de pagos por uso de las licencias".

"ARTÍCULO 25o. TARIFAS DE LOS SERVICIOS POSTALES. Las tarifas de los servicios postales gozarán de un régimen de libertad vigilada por el Ministerio de Comunicaciones . El Gobierno Nacional podrá intervenir cuando así lo considere necesario y fijar parámetros tarifarios mínimos o máximos a fin de regular la forma de prestación de algunos de los servicios postales".

"ARTÍCULO 26o.- OBLIGACIONES DE LOS CONCESIONARIOS Y LICENCIATARIOS.- Es obligación de los licenciatarios entregar los envíos de correspondencia y demás objetos postales a los destinatarios en las mismas condiciones en que fueron confiados al servicio Postal.

"Los concesionarios y licenciatarios de los servicios postales responderán directamente por las fallas del servicio de acuerdo con lo dispuesto en el presente Decreto".

"ARTÍCULO 27o.-EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD. El servicio quedará exento de toda responsabilidad por pérdida, avería o expoliación de los envíos de los servicios postales en los siguientes casos:

"a. En los casos de fuerza mayor o caso fortuito comprobados.

"b. Cuando se trate de envíos cuyo contenido se encuentre comprendido dentro de las limitaciones revistas en el artículo 28o. del presente Decreto o cuando la pérdida o avería hubiese sido ocasionada por error o neglicencia del remitente o provenga de la naturaleza misma del objeto.

"c. Cuando el remitente y/o el destinario no hubieren formulado reclamación alguna dentro del término de noventa (90) días a partir de la fecha de introducción del envío sin perjuicio de lo establecido en los Convenios Postales Internacionales para el servicio de correos.

"d. Cuando la declaracion del valor sea fraudulenta por no corresponder al valor del contenido.

"En los servicios postales, no se asumirá responsabilidad alguna por los envíos decomisados bien sea por contener objetos sometidos a derechos de aduana o confiscados por las autoridades aduaneras debida a la falsa declaración de su contenido o por cualquier otra autoridad administrativa o judicial.

"Sin perjuicio de la reclamación a que haya lugar, se presumirá que se ha entregado a satisfacción en envío desde el momento en que los destinatarios o sus representantes, personas autorizadas, residentes en fin cualquier persona que se encuentre habilitada merced a su oficio o funciones, hayan recibido y tomado posesión del mismo".

ARTÍCULO 37o. REGLA GENERAL. Ninguna persona natural o jurídica podrá prestar servicios postales sin haber obtenido previamente la concesión, por contrato o licencia, otorgada por el Ministerio de Comunicaciones.

"Tampoco podrán prestarse servicios de admisión, clasificación y entrega de envíos de correspondencia sin suje ción al presente Reglamento, cualquiera sea la denominación o modalidad que se adopte".

"ARTÍCULO 38o.- ACTUACIONES SANCIONATORIAS. Las personas naturales o jurídicas que sin concesión debidamente otorgada establezcan o presten servicios postales, tanto en el ámbito urbano nacional o internacional, serán sacionados por el Director General de Telecomunicaciones del Ministerio de Comunicaciones, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones civiles, penales o administrativas de que tal hecho se deriven así:

"1.- Ordenar el cese de las actividades ilegales e iniciar el correspondiente proceso sancionatorio.

"2. Con multas sucesivas hasta por mil (1.000) salarios mínimos mensuales.

PARÁGRAFO: Contra la decisión sancionatoria sólo procederá el recurso de reposición en los términos del Código Contencioso Administrativo.

"Cuando la competencia no sea suya procederá así:

"1. Solicitar a las autoridades de las entidades territoriales o de policía correspondiente, que dentro de su competencia procedan a la cancelación de la licencia de funcionamiento y al cierre de los establecimientos donde se presten ilegalmente los servicios en los términos del Decreto 1355 de 1970, artículo 209, o de los códigos de policía departamentales.

"2. Demandar de las autoridades competentes la aplicación de las medidas y sanciones que por el establecimiento o restación de servicios postales sin concesión debidamente otorgada deban imponerse y que no corresponda imponer al Ministerio de Comunicaciones".

"ARTÍCULO 39o.- PRÁCTICAS LEGALES. Cuando el Ministerio de Comunicaciones establezca la existencia de Empresas de Transporte Terrestre o Aéreo que presten servicio postales sin el correspondiente contrato o licencia procederá a demandar del Ministerio de Transporte o al Departamento Administrativo de

Aeronáutica Civil respectivamente la aplicación de las sanciones que correspondan de conformidad con las disposiciones legales vidientes".

"ARTÍCULO 40o.- DEFRAUDACIONES EN EL PAGO DE DERECHOS. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe alguna irregularidad por parte de los concesionarios o licenciatarios de los servicios postales en el pago de los derechos pecuniarios o cánones a los que están obligados, sancionará al concesionario o licenciatario con multas sucesivas cuyo valor podrá oscilar entre cien (100) y quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, sin perjuicio de que, por reincidencia se ordene la caducidad del contrato o la revocatoria de la licencia".

"ARTÍCULO 41o.- FALLAS EN EL SERVICIO. Cuando el Ministerio de Comunicaciones compruebe irregularidades en la prestación de los servicios postales, por parte de los concesionarios o licenciatarios, sancionará con multas sucesivas, cuyo valor podrá oscilar entre cincuenta (50) y trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales, sin periuicio de las demás sanciones de Ley de la caducidad del contrato o revocatoria de la licencia, en caso de reicidencia".

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas por las razones que en forma resumida se expresan a continuación (fls. 15 a 24):

Primer cargo.-Los artículos demandados, en lo tocante con la mensajería especializada, su régimen de responsabilidad y sanciones, así como lo relativo a los cánones o derechos del servicio, violan los artículos 15, 189 numeral 11, 333 y 365 de la Constitución Política, porque la Ley 80 de 1993 distingue y separa en el concepto de servicio postal el servicicio de correo propiamente dicho, el tradicional servicio público que el Estado ha prestado directamente o ha concedido a particulares por la vía contractual, y el servicio de mensajería especial, modalidad de servicio postal no oficializada, prestada por particulares, por sus redes propias e independientes, y con procedimientos específicos diferentes de los que aquél utiliza.

El servicio de mensajería especializada es una actividad privada de transporte de objetos y documentos mediante contrato entre particulares, por lo cual no puede estar controlado e intervenido por el Estado como si se tratara de un servicio público de aquellos que asume o concede, requisito sin el cual los particulares no pueden prestarlo en los términos de las demás actividades comerciales libres.

La diferencia establecida por la ley entre esas dos especies de servicios postales determina su régimen jurídico, de tal manera que el correo es el estatuto del respectivo servicio público monopolizado por el Estado, mientras el otro servicio postal es el de una actividad económica particular regida por la ley común.

De lo anterior resulta que el correo es un servicio que sólo puede prestarlo directamente el Estado o por sus concesionarios mediante una relación contractual, y, en cambio, la mensajería especializada pertenece al ámbito privado, sin perjuicio de la vigilancia estatal que podría establecer la ley. Esta concepción parte de la propia Constitución, cuando en el artículo 15 reconoce el derecho de todos a la comunicación privada mencionando expresamente la correspondencia como una de sus manifestaciones, lo que significa que no es exclusivo ni obligatorio el uso del correo estatal y que los particulares pueden, por lo tanto, organizar sus propios medios de comunicación y correspondencia.

Implica lo anterior que las modalidades específicas de mensajería son las que cada empresario adopte en un régimen de libre competencia. En consecuencia, la mensajería especializada no es un servicio público, no forma parte del mismo, no es un servicio público prestado por concesión hecha a los particulares, por lo mismo, no está sujeto en su prestación a un estatuto de derecho público, no está intervenido por el Estado, no es obligación prestarlo a todo el que lo requiere, sus tarifas son señaladas por el empresario y, en general, se desenvuelve dentro de un régimen contractual privado, y es por ello que simples regulaciones administrativas como las demandadas desconocen el derecho constitucional de la libre actividad ecónomica que garantiza el artículo 333 de la Carta Política, libertad económica que solo puede ser restringida o condicionada en su ejercicio por una ley, la que no puede fundarse sino en razones de interés social, defensa ecológica o de la cultura nacional.

Como quiera que el otorgamieno de licencias a particulares para operar servicios de mensajería especializada no es materia de concesión estatal, su regulación por un decreto reglamentario es inconstitucional en cuanto legisla en dicha materia. Si el servicio postal es un monopolio del Estado por lo cual los particulares únicamente lo pueden obtener mediante concesión contractual o por licencia directa, según el artículo 336 de la Constitución, su organización, administración y explotación están sometidos a un régimen propio fijado por la ley, no por un reglamento como el demandado.

En los actos acusados el Gobierno no adopta medidas para que se cumpla la ley, pues se trata de reglamentar la Ley 80 mencionada, "... no de establecer condiciones para que los particulares puedan desarrollar cierta explotación económica, la de la mensajería especializada, que la ley ha sometido a tal requisito, disposiciones que no pueden ser administrativas sinò prescripciones legislativas".

Segundo cargo.- Los actos acusados incurren en violación "... del artículo 150, numeral 11, de la Constitución Política...", por cuanto en ejercicio de la potestad reglamentaria el Presidente de la República no podía expedir actos de naturaleza legislativa, estableciendo calidades, condiciones y requisitos para desarrollar una actividad económica que sólo es posible proveer al legislador. De las facultades invocadas para expedir el Decreto 229 de 1995 es evidente que la reglamentación de mensajería especializada sólo puede enmarcarse en el ámbito fijado por la ley, sin que le sea permitido

al ejecutivo ampliar tal inspección, control o intervención so pretexto de ejercitar la potestad reglamentaria. Por ello, basta leer el artículo 37 inciso cuarto de la Ley 80 de 1993 para darse cuenta que el Congreso de la República, con una evidente falta de técnica legislativa, lo único que hizo fue hacer alusión a la potestad reglamentaria del Gobierno Nacional que, atribuida por la Carta Política más no por esa ley, le habilita directamente para reglamentar las calidades, requisitos y condiciones que deben reunir las personas para la prestación de los servicios postales que previamente sean fijados por la ley.

De otra parte, es extraño que en un reglamento de la Ley 80 de 1993, relativa a los contratos para la concesión de los servicios postales, se expidan una serie de regulaciones sobre las condiciones, requisitos y otorgamiento de licencias para el servicio de mensajería especializada, "de donde resulta claro que el Gobierno no podía dictar el decreto demandado con fundamento en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución".

Tercer cargo.- Violación de los artículos 338, 339. 2o. y 113 de la Carta Política, pues el establecimiento de los derechos fiscales correspondientes al otorgamiento de una licencia no puede ser materia de un reglamento, como lo preceptúa el artículo 24 demandado. Unicamente la ley puede establecer cargas tributarias, las cuales no son una tasa o tarifa en sentido riguroso, ni tampoco una contribución en el sentido doctrinario, jurisprudencial y constitucional del concepto, y que tampoco equivale al de regalía o derecho por concesión de una actividad monopolizada o de una explotación de bienes que se haya reservado el Estado, por cualquier razón, ni menos un recurso parafiscal.

Aquí, el pago del 15% del ingreso bruto establecido en el literal b. del artículo 24 del decreto acusado no corresponde a ninguna de esas relaciones fiscales entre el Estado y los particulares. Obedece exclusivamente a la obtención de un permiso, un acto del Estado a cambio de una licencia para emprender la explotación de un negocio, mediante el pago de una suma que se causa automáticamente cada trimestre y cuya fijación arbitraria no responde a ningún criterio económico como sucede precisamente con los impuestos en que no hay proporcionalidad, gradualidad ni equidad, situación en la cual, además, el contribuyente no recibe contraprestación específica.

En verdad, el particular adquiere el permiso de explotación de una actividad comercial a cambio de reconocer una participacion estatal sobre el producido de su negocio, a partir de que un reglamento definió como servicio postal sujeto a licencia un servicio de transporte especial de objetos que los particulares contratan libremente, lo que constituye un impuesto encubierto.

La concesión, en todas sus modalidades, y, por tanto, en la prestación de servicios es, como lo dice la palabra, una decisión unilateral, aunque no gratuita, del Estado, en favor de un particular para que pueda prestar el servicio concedido de acuerdo con la ley, el reglamento y el contrato que la formaliza.

A lo mismo equivale el caso del otorgamiento de licencia estatal para que un particular pueda desarrollar alguna de aquellas actividades económicas que la Constitución Política o la ley someten a dicho requisito, aunque esta relación no es contractual.

La contraprestación legal de la licencia a cargo de quienes recibieron la autorización es una regalía o canon sin que por su parte el Estado contraiga ninguna obligación frente al licenciatario que justifique tamaña carga, ya que en el presente caso se trata nada menos que del pago al Estado de la exhorbitante suma del 15% de los ingresos brutos de la explotación, pagadera trimestralmente.

Es evidente que bajo el nombre del canon el decreto acusado está estableciendo, sin duda, un impuesto sobre los servicios de mensajería, sin cumplir ninguno de los requisitos de la Constitución Política y en especial, los del artículo 338 y concordantes. Así, pues, imponer un derecho fiscal por el otorgamiento de una licencia administrativa no es facultad que esté comprendida en la potestad reglamentaria.

Es la ley, como ya se dijo, la que establece las condiciones, requisitos, procedimientos y garantías a que quedan sujetos los administrados para desarrollar las actividades correspondientes al ejercicio de los derechos y libertades que les reconoce la Constitución. Si se trata de concesión de permisos para actividades restringidas por la ley, a menos que se trate de monopolios fiscales, que no es el caso, dichas limitaciones, esta vez consistentes en una descomunal carga tributaria, únicamente pueden emanar, y en forma directa, del propio legislador y nunca del Gobierno, que es la administración misma autorregulándose y creando la ley, rompiendo la separación de poderes consagrada en el artículo 113 de la Constitución Política, y llevándose de calle el principio de legalidad, proclamado en el artículo 2o. de la misma.

Cuarto cargo.- Los artículos 26, 27, 37, 38, 39, 40 y 41 del decreto acusado violan el literal a) del artículo 152 de la Carta Política, porque regular las responsabilidades que genera el ejercicio de una determinada actividad económica frente a quienes entran en relación con los empresarios de la misma, definir las faltas y señalar las acciones derivadas del ejercicio irregular de dicha actividad, constituye un exceso manifiesto de la potestad reglamenaria, pues tales cuestiones son objeto propio de la legislación interna y sobre ellas hay regulaciones internacionales ya que tocan con los derechos de las personas y con sus libertades, materias que están reservadas a la Constitución y a la ley.

Quinto cargo.- Las disposiciones acusadas violan el artículo 336 de la Carta Política al extender arbitrariamente el monopolio fiscal sobre el correo ordinario a la mensajería especializada y someterla a concesión y licencia estatales, como si formara parte de los servicios postales, sustraídos por la ley a la libre iniciativa de los particulares.

Las Leyes 110 de 1912 (artículos 137, 141 y 142), 124 de 1913 (artículo 1o.) y 76 de 1914 (artículo 17); los Decretos Nos. 3267 de 1963, 129 de 1976 y 75 de 1984, se refieren exclusivamente al monopolio fiscal del correo público ordinario y no autorizan extender sus relaciones a la mensajería especializada, cuyas modalidades son extrapostales.

c.- Las razones de la defensa

Ellas son, en síntesis, las siguientes, expresadas en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 38 a 44 y 11 a 117):

1o.- En lo que respecta a la solicitud de nulidad de la frase "... y del servicio de mensajería especializada" contenida en el artículo 2o. del Decreto Reglamentario acusado debe tenerse en cuenta la sentencia C-407 proferida por la Corte Constitucional el 15 de septiembre de 1994 en cuanto precisa lo siguiente:

> "... La distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos –como especie del género común de servicios postales–, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada.
>
> "... Las anteriores referencias permiten concluir que la mensajería especializada no ha sido –como lo sugiere el demandante– un contrato de transporte entre particulares fundado en la libertad comercial sino una manifestación especializada del servicio postal en general. Por ello es una actividad que ha estado sujeta a una reserva estatal y que, específicamente al entrar en vigencia la nueva Constitución, era de titularidad pública exclusiva".

2o.- En cuanto a la solicitud de nulidad del parágrafo del artículo 6o. que determina los parámetros necesarios para que opere el servicio de mensajería especializada, considera "... que es de la esencia del reglamento determinar de manera precisa la forma como se debe prestar el servicio en mención, para garantizar a los usuarios su efectivo y eficaz. funcionamiento como verdaderamente lo requiere la prestación de un servicio público que es".

3o.- En lo que atañe a la petición de nulidad de toda la parte del artículo 17 que hace relación con los requisitos que se deben cumplir para el otorgamiento de las licencias, debe entenderse que es de la esencia de cualquier reglamento establecer de manera clara y precisa los requisitos que se deben cumplir para obtener respuesta a las solicitudes. Además, el artículo 37 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1o. del Decreto 2122 de 1992, estableció como una facultad del Gobierno la de reglamentar las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Con lo dispuesto por dicho acto se trata de que los potenciales licenciatarios llenen un mínimo de requisitos que le permita al Gobierno asegurar que el servicio que se pretende prestar será eficiente y efectivo.

4o.- En cuanto a la solicitud de declaratoria de nulidad de las expresiones "y licencias" y "o licenciatarios" del artículo 18, debe tenerse en cuenta que "estas palabras hacen relación directa con la denominación que la misma Ley 80 de 1993, artículo 37, le asignó a la forma como se concede el servicio de mensajería especializada: 'Licencia' y por ende la persona que es titular de la licencia deberá responder a la denominación de 'Licenciatura'. A este respecto se reiteran y transcriben los planteamientos formulados por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia de 15 de septiembre de 1994.

5o.- Sobre la petición de nulidad del artículo 24 del decreto acusado, en el cual se fijan los cánones del servicio de mensajería especializada, se reitera que el mismo artículo 37 de la ley 80 de 1993 "... facultó al Gobierno Nacional para reglamentar lo relativo a la fijación de derechos, tasas y tarifas que regulen las concesiones y las licencias".

6o.- En cuanto al artículo 25 acusado, que se refiere a las tarifas de los servicios postales, debe tenerse en cuenta que dentro de las funciones asignadas al Ministerio de Comunicaciones por el Decreto 2122 de 1992 se encuentran las de vigilar, inspeccionar y controlar las entidades públicas y particulares que presten servicios postales (artículo 1o. numeral 5). Es en desarrollo de esta norma que el Gobierno Nacional leotorga competencia al Ministerio de Comunicaciones para ejercer control sobre el sistema tarifario de los concesionarios o licitatarios que presten servicios postales.

7o. Sobre la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 37, cuya declaratoria de nulidad se impetra, "ella describe las actividades que conforman el servicio postal y si este decreto contiene el reglamento para este servicio mal puede prescindirse de esta prohibición, todo con el fin de asegurar la igualdad entre los titulares de la concesión o de la licencia".

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto de 10 de marzo de 1995 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 27 a 29).

No habiendo pruebas que decretar, mediante proveído de 23 de junio del citado año se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto (fl. 108). Procedieron a ello la parte actora (fls. 109 a 110), la parte demandada (fls. 111 a 120) y el mencionado funcionario (fls. 118 a 120).

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el correspondiente escrito la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación manifiesta que "como los argumentos expuestos por el demandante son los mismos analizados a través de los procesos 3056 y 3158 promovidos por el mismo actor y en los cuales solicitó la anulación parcial del Decreto 1697 del 3 de agosto de 1994 'por el cual se reglamenta el servicio Postal' y el Decreto 2622 de 29 de noviembre del mismo año, modificatorio del anterior, este Despacho se remite ahora al concepto emitido recientemente", en el cual se concluyó:

– Que "... la mensajería especializada es un servicio público postal que se concede a particulares mediante licencia, con derechos, tasas y tarifas fijadas por el Gobierno Nacional y que las normas del Decreto 1697 de 1994 se ajustan al régimen legal vigente".

– Que "... el pago trimestral del 15% del ingreso bruto obtenido por la mensajería especial de que trata el Decreto acusado tiene amplio sustento en la letra del inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993, al establecer que el Gobierno reglamentará las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales o jurídicas para la prestación de los servicios postales y que, igualmente, fijará los derechos, tasas y tarifas que regularán concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales".

– Que "la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 16 de junio del presente año, recaída en el proceso 3056, con ponencia del Magistrado ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ, con base en la sentencia C-407/94 del 15 de septiembre de 1994 de la Corte Constitucional, con ponencia del doctor ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO, al estudiar la demanda de inexequibilidad contra el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 propuesta por el mismo demandante doctor Luis Carlos Sáchica Aponte, sentencia que se transcribe in extenso, concluye que el servicio de mensajería especializada forma parte del servicio postal y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 constituye un monopolio estatal y, consecuencialmente, niega las peticiones de la demanda".

– Que "estando en un todo de acuerdo con las decisiones a que se hace referencia en el párrafo anterior este Despacho a ellas se remite por ilustrar suficientemente el presente debate".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con los cargos primero y quinto.-En ellos se discute que la mensajería especializada no forma parte del servicio postal, no es un servicio público ni forma parte del mismo y, por lo tanto, no puede ser intervenido por el Estado, por ser de carácter particular y no constituir un monopolio estatal.

Sobre el particular, la Sala reitera lo expresado en sentencia de 16 de junio de 1995, proferida dentro del proceso radicado bajo número 3056, Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, de la cual fue Ponente el Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, en la cual se analizaron, en esencia, las mismas acusaciones que aquí se plantean frente a las normas del Decreto 229 de 1995, cuyas regulaciones son análogas a aquellas que, contenidas en el Decreto 1697 de 1994, fueron objeto de demanda en el indicado proceso.

Para dicho análisis la Sala tuvo en cuenta lo siguiente:

El inciso 1o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 prevé:

> "Del régimen de concesiones y licencias de los servicios postales. Los servicios postales comprenden la prestación de los servicios de correo y del servicio de mensajería especializada".

La Corte Constitucional en sentencia C-407/94 de 15 de septiembre de 1994 (Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero), al estudiar la demanda de inexequibilidad frente a la norma transcrita expresó lo siguiente:

"...Según el demandante, la norma impugnada también es inconstitucional por cuanto viola la libertad económica, consagrada en el artículo 333 de la Constitución, puesto que convierte la mensajería especializada –actividad que no estaba monopolizada por el Estado– en una modalidad de servicio postal, objeto de concesión y licencia...".

"...Ahora bien, el análisis de la evolución legislativa relativa a los servicios postales demuestra que desde principios de siglo y hasta nuestros días, estos servicios han constituido un monopolio estatal. En efecto, en virtud del artículo 137 de la Ley 110 de 1912, el servicio postal era de libre iniciativa de los particulares. Más tarde, se monopolizó el mencionado servicio modificando la libre iniciativa mediante la ley 142 de 1913, la cual nacionalizó el servicio de correos, y la ley 76 de 1914 que en su artículo 17 estableció que el servicio de correos de Colombia correspondían exclusivamente al Gobierno Nacional. Estas definieron como servicio público de exclusiva prestación estatal a los correos, correspondiéndole a esa palabra, en aquella época, un sentido genérico. Esa titularidad pública exclusiva de los servicios postales, a veces denominados servicios de correo, se ha mantenido hasta nuestros días. Los cambios que han introducido las normas posteriores están relacionadas con la posibilidad de que los particulares puedan prestar tal servicio, mediante un régimen de concesión o licencia, como es obvio, bajo la vigilancia, inspección y control del Estado, pero en ningún momento se ha puesto en cuestión la reserva estatal de los servicios postales.

"Igualmente la anterior historia legislativa demuestra que estos servicios postales, que han sido monopolio estatal, también han incluido el servicio de mensajería especializada. Así, el Decreto Reglamentario No. 1418 de 1945 desarrolló el monopolio postal (capítulo II del Título I) en favor del Gobierno Nacional y reglamentó todo lo relacionado con la correspondencia postal, determinando que la denominación de objetos de correspondencia (art. 35) se aplicaría "a las cartas, tarjetas postales sencillas o con respuesta pagada, papeles de negocios, impresos, periódicos, impresiones con relieve para el uso de ciegos, muestras de mercaderías, objetos agrupados, pequeños paquetes y envíos "fonopost", artículos que delimitan el ámbito de acción de la mensajería especializada. Esta definición de correspondencia incorporada por este decreto es prácticamente una reproducción de la que se ha establecido a nivel internacional. Así, según la U. P. U (Unión Postal Universal), se entiende por correspondencia "las cartas, las tarjetas postales sencillas y con respuesta pagada, los papeles de negocios, los impresos, las impresiones de relieve para uso de ciegos, las muestras de mercadería, los pequeños paquetes y los envíos fonopostales; sea la circulación ordinaria o certificada y terrestre, marítima o aérea". Como se puede constatar, esta definición internacional de correspondencia incluye las actividades propias de los servicios de mensajería especializada...".

"...Así mismo el decreto antecitado determinó que el correo particular (arts. 384 a 410 solo podía operar bajo el permiso del Gobierno y cumpliendo un estricto

régimen en el despliegue de la actividad, tanto, que se estableció la figura del contrabando postal (art. 385), en el evento en que el envío de correspondencia se presentara fuera de los despachos postales y sin el pago de los derechos correspondientes.

"Más tarde, el Decreto Ley No. 1635 de 1960, al reorganizar el Ministerio de Comunicaciones, le asignó a éste último la prestación de los servicios postales (art. 1o.).

"Seguidamente, el Decreto Ley No. 3267 de 1963, expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente por la Ley 21 de 1963, creó la Administración Postal Nacional, ADPOSTAL, entidad a la cual se atribuyó específicamente la prestación de los servicios postales.

"Luego, el Decreto Reglamentario No. 75 de 1984 nuevamente reafirmó que la prestación del servicio de correos compete exclusivamente al estado, el cual lo prestará en el territorio nacional y en conexión con el exterior, a través de la Administración Postal Nacional (art. 1o.). Este Decreto definió las actividades que hacen parte del servicio de correos a cargo exclusivo del Estado así:

"Artículo 4o. El servicio de correos a cargo exclusivo del Estado comprende además de lo previsto en los convenios universales, lo siguiente:

"a) Las cartas;

"b) Las tarjetas postales;

"c) Los impresos hasta 1.000 gramos;

"d) Los envíos publicitarios;

"e) Los envíos o recibos de todo tipo con la dirección del destinatario;

"f) Los envíos agrupados de cartas;

"g) Las encomiendas postales hasta 2.000 gramos de peso;

"h) El servicio de correo electrónico.

"Acto seguido, el decreto señaló las actividades que no correspondían a la reserva estatal del servicio de correos, en los siguientes términos:

"Artículo 7o. Sin embargo no corresponde al servicio de correo a cargo exclusivo del Estado:

"a) La conducción por particulares de envíos de correspondencia que vayan a ser depositados en la oficina de correos más cercana;

"b) El reparto de avisos, propaganda u otros documentos que no estén dirigidos a una persona determinada;

"c) Las cartas de recomendación o presentación abiertas que lleven los mismos interesados;

"d) Los envíos de correspondencia conducida por empresas de transporte terrestre, aéreas, marítimas o fluviales, siempre que tiendan a satisfacer las propias necesidades de la empresa, y que se refieran exclusivamente a sus documentos internos;

"e) Los envíos de facturas, documentos de aduana, consulares, de rentas, de embarque u otros similares que amparen y acompañen despachos de mercancías, a condición de que tales documentos vayan en sobres abiertos;

"f) La conducción de la propia correspondencia de las empresas privadas y de las entidades públicas por mensajeros de planta de las mismas.

"Ahora bien, las anteriores definiciones muestran que lo que se conoce como mensajería especializada se entiende incorporado al servicio de correos de reserva estatal.

"De la misma forma, la Ley 72 de 1989 determinó que los servicios postales están dentro del sector de las comunicaciones (art. 1o.) y estableció que éstos pueden ser prestados a través de concesiones, las cuales pueden otorgarse por medio de contratos o en virtud de licencias (art. 7o.).

"Finalmente, el Decreto No. 2122 de 1992, expedido en virtud del 20 transitorio de la Carta, consagró como funciones del Ministerio de Comunicaciones, el ejercicio, a nombre de la nación, de la titularidad de los servicios postales, el otorgamiento de concesiones y licencias para la prestación de servicios postales a personas naturales o jurídicas, y el ejercicio de funciones de vigilancia, inspección y control de los servicios en comento (art. 1o.)

"Las anteriores referencias permiten concluir que la mensajería especializada no ha sido –como lo sugiere el demandante– un contrato de transporte entre particulares fundado en la libertad comercial sino una manifestación especializada del servicio postal en general. Por ello es una actividad que ha estado sujeta a una reserva estatal y que, específicamente al entrar en vigencia la nueva Constitución, era de titularidad pública exclusiva.

"Por consiguiente, el artículo impugnado, lejos de establecer un monopolio estatal de la mensajería especializada –como lo señala el demandante–, por el contrario acentúa la posibilidad de que los particulares se involucren en la prestación de los servicios postales, al prever expresamente que ellos podrán ser adjudicados a particulares mediante el régimen de concesión (correos) y licencia (mensajería

especializada). La distinción establecida por el artículo 37 de la Ley 80 de 1993 entre mensajería especializada y correos –como especies del género común de servicios postales–, lejos de buscar instaurar un régimen de monopolio oficial o de reserva estatal para una actividad anteriormente de libre iniciativa de los particulares, tenía como único objeto determinar el régimen contractual aplicable a una y otra actividad así: contrato de concesión mediante selección objetiva para los servicios de correos, y licencia para los servicios de mensajería especializada.".

Las consideraciones de la sentencia cuyos apartes han sido transcritos, que la sala prohija, desvirtúan los cargos primero y quinto del libelo demandatorio.

En relacion con el segundo cargo.-A pesar de que en él se aduce el quebrantamiento del artículo 150 numeral 11 de la Carta Política, y habida cuenta que el concepto de violación que explica el actor no guarda correspondencia con los mandatos de dicha norma sino con la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el artículo 189 numeral 11 *ibídem*, la Sala entiende que es esta última norma la que se invoca como violada por parte de los actos acusados.

Bajo tal entendimiento, para la Sala es evidente que dicho cargo adolece de vocación de prosperidad, por la sencilla razón de que el inciso cuarto del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar, entre otros aspectos, "... las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales...", dentro de los cuales está incluido el de la mensajería especializada como se expresa en la sentencia de la Corte Constitucional a que se hizo referencia en el análisis de los cargos anteriores.

Por consiguiente, si el Gobierno Nacional está facultado por la ley para reglamentar los indicados aspectos no resulta ajeno a tal reglamentación, sino que es consustancial a ella, el señalamiento de las características especiales que deben cumplir los servicios de mensajería especializada y los requisitos para el otorgamiento de la licencia, a que se contrae el parágrafo del artículo 6o. y el inciso segundo del artículo 17 acusados, pues tales aspectos están intimamente relacionados con las calidades, condiciones y requisitos que corresponde reglamentar al Gobierno Nacional para la prestación del referido servicio.

En relación con el tercer cargo.- El artículo 24 literal b) del decreto parcialmente acusado determina que todas las personas naturales o jurídicas que obtengan concesión para la prestación del servicio postal de mensajería especializada pagarán en forma trimestral al Fondo de Comunicaciones por concepto de uso de las licencias el 15% de sus ingresos brutos de explotación.

El actor estima que la disposición antes citada está gravando una actividad de los particulares, que no constituye un monopolio, sin que exista ley que lo autorice, lo cual convierte dicha medida en un impuesto disfrazado que implica la violación de los artículos 2o., 113, 338 y 339 de la Carta Política.

Frente a tales acusaciones y dada la circunstancia de que ellas son prácticamente idénticas a las formuladas en contra del artículo 24 del Decreto 1697 de 1994, norma homóloga a la demandada en este proceso y que fue objeto de análisis en la sentencia proferida por esta sección el 16 de junio de 1995, a que se aludió al inicio de estas consideraciones, la Sala, como fundamento para denegar la prosperidad del cargo, reitera en esta oportunidad lo expresado en dicha providencia, en los términos que se transcriben a continuación:

> "Para la Sala no asiste razón al actor en esta censura dado que, como quedó expresado en la sentencia de la Corte Constitucional antes mencionada, el servicio de mensajería especializada forma parte del servicio postal y desde antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991 constituye un monopolio estatal.
>
> "De otra parte, el inciso 4o. del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para la prestación de los servicios postales. Igualmente lo autorizó para fijar los derechos, tasas y tarifas que regulan las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales.
>
> "De tal manera que la tarifa del 15% de los ingresos brutos de explotación que por concepto del uso de las licencias deben pagar las personas naturales o jurídicas por la prestación del servicio postal de mensajería especializada encuentra pleno respaldo en el mencionado inciso 4o. del artículo 37, que expresamente autorizó al Gobierno Nacional para tales efectos, por lo cual habrá de desestimar el cargo en estudio".

En relación con el cuarto cargo, en el cual se discute la violación del artículo 152 literal a) de la Carta Política por parte de los artículos 26, 27, 37, 38, 39, 40 y 41 del Decreto 229 de 1995, la Sala considera que no asiste razón al actor en sus censuras, pues si el artículo 37 inciso cuarto de la Ley 60 de 1993 facultó al Gobierno Nacional para reglamentar las calidades, condiciones y requisitos para la prestación de los servicios postales, dentro de los cuales está incluido el de la mensajería especializada, como se anotó en el estudio del cargo anterior, es de la naturaleza de esa reglamentación el señalar las obligaciones de los concesionarios y licenciatarios, las causales de exención de responsabilidad, la prohibición de prestar los servicios de admisión, clasificación, transporte y entrega de envíos por correspondencia sin sujeción a las normas del decreto parcialmente enjuiciado, las sanciones en caso de prestar servicios postales sin el previo otorgamiento de concesión o por irregularidades en dicha prestación a lo cual se procedió en los artículos cuya declaratoria de nulidad se impetra, ya que tales materias se relacionan íntimamente con la reglamentación de las calidades, condiciones y requisitos que deben reunir las personas naturales y jurídicas para prestar el servicio en referencia.

En las anotadas circunstancias, al no prosperar las acusaciones formuladas en la demanda, ha de procederse a denegar sus pretensiones anulatorias.

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.- DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero.- En firme esta providencia, previas las anotaciones de rigor, archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha siete de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Se reiteró en la sentencia del 8 de marzo de 1996, Exp. 3407.

NOTA DE RELATORÍA: Reiteración Sentencia del 16 de junio de 1995, Exp. 3056.

NULIDAD PROCESAL/PROCESO DE ÚNICA INSTANCIA/COMPETENCIA POR CUANTÍA/TRIBUNAL ADMINISTRATIVO

Contra la sentencia apelada no procedía el recurso de apelación, toda vez que el proceso es de única instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1331 numeral 9o. del C.C.A., en concordancia con los artículos 20 y 82 del C. de P.C.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3315. Actor: Rosa Carmen Mosquera y Otros.

Los señores Rosa Carmen Mosquera, Jaime Velasco Villamil, Fabio Agudelo Tascón, Guillermo Pamplona, Miguel Escobar Mosquera y Luis Enrrique Borrero Garcés, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandaron ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los Acuerdos Nos. 112, 223 de 18 de junio y 24 de septiembre de 1992, respectivamente expedidos por la Junta Directiva del Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior –ICFES–, por medio de los cuales se les impuso a cada uno de los cinco primeros demandantes, una multa de DOSCIENTOS SESENTA MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS ($260.760.oo), y al último de los citados una multa de CIENTO NOVENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS ($195.570.oo) y solicitaron a título de restablecimiento del derecho, se declaren que no son sujetos de ninguna sanción administrativa de multa, respecto de los hechos señalados en los acuerdos demandados.

En el acápite de competencia y cuantía, el apoderado de los actores señaló que en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 numeral 9° del C.C.A., el Tribunal de Cundinamarca era competencia para conocer en primera instancia de los actos acusados, por cuanto la sumatoria de las multas impuestas a los demandantes ($1.499.370), excedía la cuantía fijada para los procesos de única instancia, la cual, según él, para la fecha de presentación de la demanda, era $1.260.000.

Mediante sentencia de 13 de diciembre de 1994 (fls. 133 a 150 del Cdno. Ppal.) el Tribunal de Cundinamarca denegó las pretensiones de la demanda, razón por la cual el apoderado de la parte actora con fecha 8 de febrero de 1995 (fls. 151 y 152 *ibídem*), interpuso recurso de apelación contra la misma, recurso que fue concedido mediante providencia de 9 de marzo de 1995, que obra a folios 155 y 156 *ibídem.*

Remitido el expediente al Consejo de Estado, este Despacho mediante auto de 5 de mayo de 1995 admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia ya citada.

Llegada la oportunidad para proferir el fallo de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, el Despacho observa que contra la sentencia apelada no procedía el recurso de apelación, toda vez que el proceso es de única instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 131 numeral 9° del C.C.A., en concordancia con los artículos 20 y 82 del C. de P.C., los cuales prescriben, respectivamente:

> "Artículo 131. (C.C.A.) En única instancia. Los tribunales administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:
>
> 1o.- ....
>
> 9o.- De los de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes por sus actos o hechos, cuando la cuantía no exceda de ochocientos mil pesos ($800.000)". (Léase un millón quinientos setenta mil pesos ($1.570.000), de acuerdo con la fecha de presentación de la demanda, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 597 de 1988).
>
> "Artículo 20.- (C. de P. C.). Determinación de la cuantía. La cuantía se determinará así:
>
> 1. ...
>
> 2. Por el valor de la pretensión mayor, cuando en la demanda se acumulen varias pretensiones.
>
> 3. ...".
>
> "Artículo 82.- (C. de P. C.). Acumulación de pretensiones.
>
> ...

> También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquéllas provengan de la misma causa. o versen sobre el mismo objeto, o se hallen entre sí en relación de dependencia, o deban servirse específicamente de unas mismas pruebas, aunque sea diferente el interés de unos y otros...".

De la lectura de las normas anteriores en efecto se concluye que el proceso es de única instancia, ya que si bien es cierto, como lo afirmó el apoderado de la parte actora, que las pretensiones contenidas en la demanda podían acumularse, también lo es que de conformidad con el artículo 20 arriba transcrito, cuando se acumulen pretensiones, para efectos de la cuantía se tomará como tal la de la pretensión mayor, sin que puedan sumarse unas con otras.

En el presente caso la pretensión mayor asciende a la suma de DOSCIENTOS SESENTA MIL SETECIENTOS SESENTA PESOS ($260.770.oo), la cual se encuentra muy por debajo de la suma requerida ($1.570.000) para que al momento de la presentación de la demanda el proceso se tuviese como de dos instancias.

Lo anterior implica que por tratarse de un proceso de única instancia, esta Corporación no es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia recurrida, razón por la cual este Despacho deberá declarar la nulidad de lo actuado, como en efecto lo hará, a partir del auto por medio del cual el Tribunal de Cundinamarca concedió el recurso de apelación objeto de estudio, con base en el artículo 140 del C. de P.C., que reza:

> "Artículo 140.- Causales de nulidad. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:
>
> 1. ...
>
> 2. Cuando el juez carece de competencia.
>
> 3. ...".

Es claro entonces que se incurrió en la causal de nulidad anotada, pues el Consejo de Estado carece de competencia funcional para conocer de la sentencia apelada.

Como quiera que dicha nulidad no es saneable al tenor del artículo 144 numeral 5° del C. de P. C., y en virtud de la facultad de declaración oficiosa de las nulidades contenida en el artículo 145 *ibídem*, según el cual en cualquier estado del proceso, antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que observe, se declarará la nulidad de lo actuado desde el proveído que concedió el recurso de apelación.

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

RESUELVE:

Primero.- DECLÁRASE la nulidad de lo actuado en este proceso a partir del auto de 9 de marzo de 1995 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inclusive.

Segundo.- DECLÁRASE ejecutoriada la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, de fecha 13 de diciembre de 1994.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Consejero de Estado

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN-Inembargabilidad/**EXCEPCIÓN/ PROCESO EJECUTIVO LABORAL/CRÉDITOS LABORALES/DOCTRINA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL**-Criterio Auxiliar/**JUICIO FISCAL**

Del texto de artículo 2o. acusado de infiere que se está reconociendo como excepción al principio general de al inembargabilidad cuando el embargo de recursos incorporado en el Presupuesto General de la Nación "...SEA ORDENADO CON FUNDAMENTO EN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO CONTECIOSO ADMINISTRATIVO...", es decir, cuando se ha acudido a la autoridad judicial competente y en virtud de ello se ha condenado a la Nación o a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero. Dicha norma está reconociendo una excepción al principio general de la inembargabilidad, que es precisamente la relacionada con el artículo 177 del C.C.A., y 488 del C. de P.C., a que se refiere la actora, lo cual descarta que sea en virtud de élla que se pueda iniciar al juicio fiscal a que alude el artículo 3o. acusado. La Sala debe puntualizar que si bien es cierto que la Corte Constitucional en sentencia No. C-546 de 1o. de octubre de 1992 consagró como excepción al principio de la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación los actos administrativos que reconozcan créditos laborales, y la reiteró en las sentencias No. C-103 de 21 de enero de 1993 y C-103 de 10 de marzo de 1994, no lo es menos que el Decreto acusado, en su función de reglamentación del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, debía atenerse a la letra y espíritu de la ley reglamentada, la cual no contempla dicha excepción sino únicamente la referente a las sentencia judiciales de que trata el artículo 177 del C.C.A. Lo anterior no constituye

obstáculo para que los jueces competentes para conocer de procesos ejecutivos puedan frente aun caso partícular y concreto reconocer dicha excepción, dado el criterio auxiliar de que está revestida la doctrina de la Corte Constitucional, atendiendo el valor que a ésta le reconoce el artículo 230 de la Carta Política.

PRESUPUESTO GENERAL DE LA NACIÓN-Inembargabilidad/**CERTIFICADO DEL DIRECTOR GENERAL DE PRESUPUESTO**-Exigibilidad/**DESEMBARGO DE BIENES**

No infiere la Sala del texto de las normas acusadas que estas exijan la certificación del Director General de Presupuesto o de su delegado sobre el carácter de inembargables de los bienes perseguidos en un proceso para efectos del desembargo de los mismos. No se trata de que el artículo 3o. acusado al prever el desembargo cuando se afecta dicho principio éste derogando el artículo 104 del C.P.L., relativo al desembargo de los bienes, sino que dicha norma debe tenerse como adicionada, no por el Decreto Reglamentario contentivo de las normas acusadas, sino por la Ley (artículo 16 de la Ley 38 de 1989), declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia No. C-546 de 1o. de octubre de 1992, precepto legal que al remitirse al C.C.A. reconoce la excepción consagrada en su artículo 177, en lo referente a las sentencias judiciales de condena.

PROCESO EJECUTIVO LABORAL/DEBIDO PROCESO/PRINCIPIO DE CELERIDAD

El acto acusado no consagra términos procesales respecto de los cuales pueda predicarse su dilación injustificada, por lo cual tampoco tiene asidero la censura de la accionante en el sentido de que se ha desconocido el debido proceso, o los principios de celeridad y drasticidad que gobiernan al proceso ejecutivo laboral.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3149. Acción: Nulidad. Actora: CARMEN MARINA RODRÍGUEZ DE LOZANO.

La ciudadana CARMEN MARINA RODRÍGUEZ DE LOZANO, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda ante esta Corporación tendiente a obtener la declaratoria de nulidad contra apartes del artículo 2o., el parágrafo del mismo y el artículo 3o. del Decreto Reglamentario No. 1807 de 3 de agosto de 1994 "por el cual se reglamenta

. el artículo16 de la Ley 38 de 1989 y se dictan otras disposiciones", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- EL ACTO ACUSADO

Son las partes subrayadas de los artículos del Decreto No. 1807 de 3 de agosto de 1994 que se detallan a continuación:

"Artículo 2o. Cuando un embargo de recursos incorporado en el Presupuesto General de la Nación sea ordenado con fundamento en lo dispuesto por el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo, solo se podrá practicar sobre la cuenta o cuentas corrientes que reciban recursos del Presupuesto Nacional, abiertas a favor de la entidad u organismo condenado en la sentencia respectiva. El funcionario o apoderado de la entidad u organismo que tenga conocimiento de la existencia de un proceso ejecutivo o de una orden de embargo, por cuenta de una sentencia proferida en contra de la Nación, deberá comunicar a la Subsecretaría Jurídica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público dentro de los cinco días hábiles siguientes, so pena de incurrir en causal de mala conducta. La comunicación deberá señalar, por lo menos, el juzgado de conocimiento, el número del expediente, la fecha de la notificación o del auto que ordena el embargo, los nombres y documentos de identificación de los beneficiarios de la sentencia condenatoria en el mismo orden en que aparecen en ésta y los nombres y documentos de identificación de los ejecutantes.

Parágrafo. En ningún caso procederá el embargo de los recursos depositados por la Nación en las cuentas abiertas exclusivamente a favor de la Nación - Dirección del Tesoro Nacional en el Banco de la República o en cualquier otro establecimiento de crédito.

En relación con los embargos ordenados o practicados con anterioridad a la vigencia del Presente Decreto, los funcionarios de la rama judicial deberán dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 513 del Código de procedimieto Civil.

Artícu1o 3o. El establecimiento de crédito que que reciba una orden de embargo en contravención a lo dispuesto por el presente Decreto, deberá informar inmediatamente a la Contraloría General de la República para que inicie un juicio fiscal contra el funcionario judicial que ordenó el embargo.

II.- HECHOS:

Son principalmente los siguientes:

1o.): El artículo 16 de la Ley 38 de 1989 establece que las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación son inembargables. La forma de

pago de las sentencias a cargo de la Nación se efectuará de conformidad con el procedimiento establecido en el C.C.A. y demás disposiciones legales concordantes.

La Honorable Corte Constitucional en sentencia C-546 de 1o. de octubre de 1992 declaró la exequibilidad de esa norma y estableció una excepción a la inembargabilidad, en tratándose de créditos laborales, así:

> "...En consecuencia, esta Corporación estima que los actos administrativos que contengan obligaciones laborales en favor de los servidores públicos deben poseer la misma garantía que las sentencias judiciales, esto es, que puedan prestar mérito ejecutivo –y embargo– a los dieciocho (18) meses después de haber sido ejecutoriados, de conformidad con el artículo 177 del código contencioso administrativo..."
>
> "...En consecuencia, esta Corte considera que en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo".

2o): En sentencia C-013 de 21 de enero de 1993, la H. Corte Constitucional reitera la excepción establecida en la sentencia C-546 de 1o. de octubre de 1992.

3o): En sentencia C-103 de 10 de marzo de 1994, la H. Corte Constitucional declaró la inexequibilidad parcial del artículo 513 del C.de P.C. e insistió una vez más sobre la excepción consagrada en la sentencia C-546 de 1992.

4o.): De conformidad con el artículo189 numeral 11 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República, como Jefe del Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo, en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o): Las disposicionee acusadas violan los artículos 2o., 4o., 6o., 13, 25, 29, 53 incisos 2o. y final, 58 inciso 1o., 87 y 346 de la Constitución Política.

Dichas disposiciones están en contradicción con los artículos 2o., 4o. y 6o. de la Carta Política pues estos establecen, en su orden, que dentro de los fines esenciales del Estado están los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta, la cual es norma de

normas, y que es deber del Presidente de la República, como Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa que todas sus actuaciones estén dentro de los linderos señalados por la Carta y las leyes.

Se viola el artículo 13 de la Constitución Política porque quedan en desigualdad los trabajadores públicos, al hacer nugatoria su facultad de acudir ante la autoridad judicial competente para hacer valer sus derechos y exigir al Estado el cumplimiento de sus obligaciones laborales, pudiendo lógicamente embargar los dineros correspondientes.

La norma acusada persigue convertir al Gobierno en el primer transgresor de la Carta Política y desconocer los efectos de las sentencias o de los actos administrativos que contengan obligaciones laborales, negándose a cancelar legal y oportunamente un crédito judicialmente reconocido.

Claramente la norma demandada lo que busca es que el Gobierno se insolvente con la figura de la inembargabilidad, cuando el único responsable de que el trabajador demande es el mismo Estado por no pagar oportunamente lo que adeuda legalmente.

Si cualquier ciudadano puede demandar cuando no se le paga una obligación; si pueden los conglomerados financieros quitar la casa adquirida con mucho esfuerzo si no se cancelan las cuotas del upac; si puede la Administración de Impuestos (el Gobierno) cobrar ejecutivamente los impuestos a los contribuyentes por no pagarlos oportunamente. Por qué no puede el trabajador público demandar al Estado para el pago de sus acreencias laborales?

Se quebranta el artículo 25, porque un ciudadano al servicio de una empresa privada puede exigir el pago de sus derechos, lo cual no sucede con los empleados públicos porque se lo impiden las normas acusadas.

El artículo 53 de la Constitución Política garantiza la igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, principios claramente vulnerados con las normas acusadas las cuales menoscaban los derechos de los trabajadores al servicio del Estado, pues además de que el Gobierno despide injustamente a un trabajador, dejándolo en una situación económica precaria, moralmente destruido, obligándolo a demandar ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa en un proceso que puede demorar 5 años o más se le da como premio un lapso de 18 meses para cancelar y se prohibe el embargo, o sea, el cumplimiento de una sentencia condenatoria.

Con la disposición contenida en el artículo 3o. demandado se quebranta el artículo 87 de la Constitución Política porque coloca al Juez en desigualdad frente a la omnipotencia del Estado ya que si da cumplimiento a los artículos 100 del C.P.L., 488 del C. de P.C. y 177 del C.C.A. se le inicia un juicio fiscal solo por cumplir con un deber legal, que a su vez el Gobierno es el primero en transgredir.

Se quebranta el artículo 346 de la Carta Política ya que si debe haber constitucionalmente una partida dentro del Presupuesto para pagar un crédito judicialmente reconocido, por qué el mismo Gobierno le dá una destinación diferente? Teniendo 18 meses para pagar sus obligaciones laborales la única solución que encuentra a su morosidad es hacer mal uso de su poder al expedir las normas acusadas, lo cual también quebranta el artículo 29 de la Constitución Política.

2o): Se violan los artículos 76, numerales 11 y 12, 176 y 177 del C.C.A., 48, 100, 101 y 104 del Código de Procedimiento Laboral; 332, 488, 498 y 513 del C. de P.C., porque el Gobierno desconociendo las 3 sentencias de la Honorable Corte Constitucional, reproduce en las normas acusadas la inexequibilidad parcial del artículo 513 del C.de P.C. Es decir, persiste en su posición de ser el primer transgresor del orden constitucional, porque el embargo debe recaer sobre la partida que dentro del presupuesto, al tenor del artículo 24, literal b de la Ley 38 de 1989, debe existir para cancelar las condenas.

El artículo 3o. demandado obliga al Juez a quebrantar el artículo 101 del C.P.L., porque dicho funcionario no es el que hace las leyes sino que sólo cumple con su deber, siendo claro que si se reúnen los requisitos legales establecidos en los artículos 100*ibídem*, 488 del C. de P.C. y 177 del C.C.A. debe inevitablemente decretar el embargo.

Por cumplir una norma procesal que es de estricta observancia se le inicia un juicio fiscal, cabe preguntar: Quién está quebrantando el orden jurídico?

El artículo 3o. demandado conlleva a derogar el artículo 104 del C.P.L., para lo cual el Presidente de la República no tiene facultades, porque en dicho precepto claramente se establece cuando el Juez puede decretar el desembargo.

Como lo ha sostenido en su sabiduría jurídica la Honorable Corte Constitucional: "...En esa línea de pensamiento, para esta Corte Constitucional es claro que existe una estrecha relación entre el debido proceso y el cumplimiento estricto de los términos procesales, de modo tal que toda dilación injustificada de ellos constituye agravio al debido proceso...".

En consecuencia, las normas acusadas quebrantan el debido proceso. El Decreto expedido con desviación de poder va contra uno de los principios del proceso ejecutivo laboral, como es su celeridad y drasticidad, dado que al no permitir el embargo, simplemente no se puede cancelar legal y oportunamente una obligación laboral exigible a un Gobierno moroso.

IV-. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.

IV.1.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público–, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones de la misma adujo, en esencia, lo siguiente:

1-. No existe concepto de violación sobre el cargo formulado en relación con el artículo 2o. de la Carta Política, por lo cual no se hace manifestación alguna al respecto.

2-. El Decreto No. 1807 de 3 de agosto de 1994 debe interpretarse en consonancia no solamente con la Constitución Política, sino también con la Ley Orgánica del Presupuesto, de la cual es reglamentario. Este tipo de leyes, al tenor del artículo 151 de la Carta y de la jurisprudencia de la Corte Constitucional contenida en la sentencia C-337 de 19 de agosto de 1993, tienen una jerarquía superior frente a las demás leyes dentro del ordenamiento jurídico vigente en la materia particular que regula.

El artículo 6o. de la ley 179 de 1994 modificó el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 sobre la inembargabilidad de las rentas incorporadas en el Presupuesto General de la Nación, así como los bienes y derechos de los órganos que lo conforman. Determina también en su artículo 65 que cada órgano del Estado defenderá, sus intereses y debe realizar todas las actuaciones necesarias en los procesos y cumplir las decisiones judiciales tomando para ello las medidas que sean conducentes.

Así las cosas, la disposición demandada no solamente no viola ningún mandato constitucional sino que es cabal desarrollo de la Ley Orgánica de Presupuesto.

Cabe decir lo mismo del parágrafo del artículo 2o. del. Decreto acusado, que debe ser interpretado como incluido dentro del principio de inembargabilidad prescrito por el artículo 6o. de la Ley 179 de 1994, el cual reforma parcialmente el artículo 16 de la Ley 38 de 1989.

3-. No resulta cierto el cargo de que las prescripciones del Decreto acusado reprodujeron disposiciones declaradas inexequibles por la Honorable Corte Constitucional ya que el principio de inembargabilidad ha sido declarado conforme a la Constitución Política en las sentencias C-546 de 1992, C-17 de 1993, C-337 de 1993 y C-103 de 1994.

Carece de fundamento el aserto de la actora en el sentido de que se reproduce el artículo 513 del C, de P.C. declarado inexequible en la sentencia C-103 de 10 de marzo de 1994 de la H. Corte Constitucional, porque el fragmento del artículo declarado inexequible no fue reproducido por el Decreto acusado en ninguna de sus disposiciones.

La alusión que hace el 2o. inciso del parágrafo del artículo 2o. del Decreto acusado al artículo 513 del C. de P.C., ha de entenderse en relación con el aparte mismo no declarado inexequible por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia mencionada.

4-. Parece estar demandando la actora la inexequibilidad del artículo 177 del C.C.A., lo cual resultaría improcedente al no ser competente el Consejo de Estado para conocer de una acusación contra el Decreto Ley 01 de 1984, por corresponder su conocimiento a la Honorable Corte Constitucional. Es preciso aclarar que los 18 meses que deben transcurrir para que una condena contra la Nación, entidad decentralizada o territorial, sea ejecutable ante la justicia ordinaria, es consecuencia del principio de legalidad del gasto, prescrito por el artículo 346 de la Carta Política, según el cual, en la Ley de apropiaciones no se podrá incluir partida alguna que no corresponda a un crédito judicialmente reconocido, o a un gasto decretado conforme a ley anterior, o a uno propuesto por el Gobierno para atender debidamente el funcionamiento de las Ramas del Poder Público, o al servicio de la deuda, o destinado a dar cumplimiento al Plan Nacional de Desarrollo. En efecto, durante los 18 meses a los cuales hace referencia el artículo 177 *ibídem,* se programará, elaborará, presentará, aprobará y ejecutará el Presupuesto donde habrán de incluirse tales créditos judiciales para su respectivo pago.

Así lo sostuvo la H. Corte Constitucional en la sentencia C-555 de 2 de diciembre de 1993.

5-. No se puede afirmar que con el Decreto acusado se viola el artículo 87 de la Constitución Política, porque dicho Decreto no impide cumplir normas de tipo procedimental (Decretos-Leyes), sino que desarrolla una ley de jerarquía superior, como lo es la Ley Orgánica del Presupuesto. Además, la acción de cumplimiento no procede cuando se trata de aplicar disyuntivamente dos o más normas jurídicas, pues en tal evento resulta lógico que aplicando una de ellas, se excluye el cumplimiento de las demás.

6-. No se viola el artículo 346 de la Carta Política, pues, justamente de lo que se trata con las normas demandadas es garantizar el pago de las acreencias laborales por las entidades públicas dentro de los marcos del sistema presupuestal definido constitucionalmente.

7-. El principio de la celeridad procesal, una de las manifestaciones del debido proceso, no es menoscabado con las normas acusadas, dado que las mismas no excluyen el embargo como regla general, sino que colocan algunas limitantes para darle cabal cumplimiento a la legislación que se ocupa del Tesoro Público como un bien común a todos los ciudadanos y que, por lo mismo, no puede tener igual tratamiento que los peculios de los particulares.

V.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, en su alegato, manifiesta que si el artículo 16 de la Ley 38 de 1989 se declaró exequible por la Honorable Corte Constitucional mediante la sentencia C-546 de 1o. de octubre de 1992, con la salvedad de que la inembargabilidad del presupuesto no es aplicable en tratándose de créditos laborales que consten en actos administrativos

y sentencias judiciales que presten mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 177 del C.C.A., es jurídicamente posible que el Decreto No. 1807 de 3 de agosto de 1994, reglamentario del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, mantenga vigencia en los apartes de los artículos acusados, siempre y cuando no se refieran a créditos derivados de condenas laborales y que en la aplicación del artículo 513 del C. de P.C., se excluya el aparte declarado inexequible según sentencia C-103 de 10 de marzo de 1994 de la H. Corte Constitucional.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con el primer cargo de violación, la Sala considera lo siguiente:

Sobre la pretendida violación de los artículos 2o., 4o. y 6o. de la Constitución Política no asiste razón a la accionante ya que el hecho de reiterar el principio general de la inembargabildad de los recursos del Presupuesto Nacional depositados en favor de la Nación, distintos de los de la entidad u organismo condenado en la sentencia respectiva, no está atentando contra los fines esenciales del Estado de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la misma Carta, ni se están desconociendo los linderos en ésta trazados ni su supremacía en el ordenamiento jurídico.

En efecto, dicho principio general, como bien lo reconoce la Corte Constitucional en la sentencia No. C-546 de 1o. de octubre de 1992, está fundado en la protección del bien público y del interés general y constituye una garantía que es necesario preservar y defender ya que él permite proteger los recursos financieros del Estado, destinados, por definición, en un Estado Social de Derecho, a sastisfacer los requerimientos indispensables para la realización de la dignidad humana, pues sólo si el Estado asegura la intangibilidad judicial de sus recursos financieros, podrá contar con el cien por ciento de su capacidad económica para lograr sus fines esenciales.

Asunto diferente es que en la aplicación del mismo se llegaren a violar derechos fundamentales, reconocidos por la misma Carta, a los que se hace alusión en la sentencia mencionada, que no es el caso que ocupa de la atención de la Sala, ya que no está estudiando ningún acto de carácter particular en que so pretexto de la aplicación de dicho principio se esté poniendo en entredicho un derecho de tal naturaleza.

Por lo demás, cabe tener en cuenta que el mencionado principio está consagrado conforme lo dice la Corte Constitucional en la referida sentencia, en el artículo 63 de la Carta Política y deferida a la ley su regulación.

Tampoco observa la Sala la transgresión del artículo 13 *ibídem,* teniendo en cuenta el alcance de la violación señalado en el cargo, pues de la lectura atenta del acto acusado por parte alguna del mismo se advierte que se esté prohibiendo o impidiendo a los trabajadores la facultad de acudir ante la autoridad judicial competente para hacer valer

sus derechos y exigir del Estado el cumplimiento de sus obligaciones laborales, contribuyendo así a que el Gobierno se insolvente.

Por el contrario, del texto del artículo 2o. acusado se infiere que se está reconociendo como excepción al principio general de la inembargabilidad cuando el embargo de recursos incorporado en el Presupuesto General de la Nación "...SEA ORDENADO CON FUNDAMENTO EN LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 177 DEL CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO..." (se resalta fuera del texto) es decir, cuando se ha acudido a la autoridad judicial competente y en virtud de ello se ha condenado a la Nación o a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero.

La consideración precedente es valedera frente a los cargos relativos a la violación de los artículos 25 y 53 *ibídem.*

En lo concerniente a la censura frente al artículo 87 *ibídem* para la Sala tampoco tiene respaldo jurídico alguno dicha censura pues, como ya se dijo, expresamente el artículo 2o. del acto acusado está reconociendo una excepción al principio general de la inembargabilidad, que es precisamente la relacionada en el artículo 177 del C.C.A., y 488 del C. de P.C., a que se refiere la actora, lo cual descarta que sea en virtud de élla que se pueda iniciar el juicio fiscal a que alude el artículo 3o. acusado.

No advierte la Sala que en el acto acusado se pretenda consagrar que se dé una destinación diferente dentro del Presupuesto a una partida prevista para pagar un crédito judicialmente reconocido. Por ello no está llamado a prosperar el cargo de violación de los artículos 346 y 29 de la Carta Política.

El segundo cargo de violación descansa sobre la premisa de que las normas acusadas reproducen la parte del artículo 513 del C. de P.C. que fue declarada inexequible.

Sobre el particular, cabe tener en cuenta lo siguiente:

La Corte Constitucional en sentencia No. C-103 de 10 de marzo de 1994 declaró inexequible los apartes del inciso 3o. del artículo 513 del C. de P. C, que expresaban:

> "...bastará certificación del Director General de Presupuesto o su delegado para acreditar el mencionado carácter de los bienes y... a más tardar el día siguiente de haber sido presentada al juez dicha certificación. Contra la providencia que disponga el desembargo no procede recurso alguno".

Dicho inciso al efecto quedó así:

> "Si llegaren a resultar embargados bienes de esta índole, se efectuará desembargo de los mismos". (folios 98 y 99).

No infiere la Sala del texto de las normas acusadas que estas exijan la certificación del Director General de Presupuesto o de su delegado sobre el carácter de

inembargables de los bienes perseguidos en un proceso para efectos del desembargo de los mismos.

Tampoco asiste razón a la accionante en cuanto a que el artículo 3o. acusado transgreda el artículo 101 del C. P.L., pues debe entenderse que en el proceso ejecutivo laboral además de los requisitos previstos para su viabilidad (obligación clara, expresa, exigible, proveniente del deudor), los bienes respecto de los cuales puede recaer la medida de embargo tendiente a satisfacer el pago de lo adeudado, deben tener el carácter de embargables, pues también los artículos 16 de la Ley 38 de 1989 y 513 del C. de P.C., que consagran el principio general de la inembargabilidad presupuestal son de imperioso cumplimiento para todas las personas, incluidas obviamente las autoridades judiciales.

No se trata de que el artículo 3o, acusado al prever el desembargo cuando se afecta dicho principio esté derogando el artículo 104 del C.P.L., relativo al desembargo de los bienes, sino que dicha norma debe tenerse como adicionada, no por el Decreto Reglamentario contentivo de las normas acusadas, sino por la Ley (artículo 16 de la Ley 38 de 1989), declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia No. C-546 de 1o. de octubre de 1992, precepto legal que al remitirse al C.C.A. reconoce la excepción consagrada en su artículo 177, en lo referente a las sentencias judiciales de condena.

Resulta pertinente resaltar que el acto acusado no consagra términos procesales respecto de los cuales pueda predicarse su dilación injustificada, por lo cual tampoco tiene asidero la censura de la accionante en el sentido de que se ha desconocido el debido proceso, o los principios de celeridad y drasticidad que gobiernan al proceso ejecutivo laboral.

Por último, la Sala debe puntualizar que si bien es cierto que la Corte Constitucional en sentencia No. C-546 de 1o. de octubre de 1992 consagró como excepción al principio de la inembargabilidad de las rentas y recursos incorporados en el Presupuesto General de la Nación los actos administrativos que reconozcan créditos laborales, y la reiteró en las sentencias Nos. C-013 de 21 de enero de 1993 y C-103 de 10 de marzo de 1994, no lo es menos que el Decreto acusado, en su función de reglamentación del artículo 16 de la Ley 38 de 1989, debía atenerse a la letra y espíritu de la ley reglamentada, la cual no contempla dicha excepción sino únicamente la referente a las sentencias judiciales de que trata el artículo 177 del C.C.A.

Lo anterior no constituye obstáculo para que los jueces competentes para conocer de procesos ejecutivos puedan frente a un caso particular y concreto reconocer dicha excepción, dado el criterio auxiliar de que está revestida la doctrina de la Corte Constitucional, atendiendo el valor que a ésta le reconoce el artículo 230 de la Carta Política.

En conclusión, estima la Sala, que como la demandante no desvirtuó la presunción de legalidad que ampara al acto acusado, deben desestimarse las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 14 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

NOTA DE RELATORÍA: Menciona las sentencias Nos. C-546 de octubre 1/92, C-013 de enero 21/93 y C-103 de marzo 10/94, todas de la H. Corte Constitucional, sobre la excepción a la inembargabilidad del presupueto nacional.

NOTA DE RELATORÍA: Menciona la sentencia C-546 de 1o. de octubre de 1992 de la H. Corte Constitucional, sobre la excepción a la inembargabilidad del presupuesto nacional.

SERVICIO PÚBLICO DE ENERGÍA/MEDIDOR DE ENERGÍA/PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ENERGÍA ELÉCTRICA-Vigilancia/**FACULTAD DISCRECIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN/SUSCRIPTOR DEL SERVICIO/CITACIÓN-**Improcedencia

La administración tiene la facultad discrecional en la vigilancia de la prestación del servicio público de energía que hace que para efectos de la revisión a los aparatos de medición del consumo de energía no se requiere citar previamente a los suscriptores del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3357. Recurso de apelación contra la sentencia de 30 de marzo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actora: MANUFACTURAS PATEL S.A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la sociedad autora contra la sentencia de 30 de marzo de 1995, proferida por la Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto denegó la súplicas de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

I.1.- La sociedad MANUFACTURAS PATEL S.A., por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento en el derecho 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:

1a): Es nulo del acto emitido el 25 de julio de 1988 por el Jefe de la División de Suscriptores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por el cual se impuso a la actora la obligación de pagar la sanción pecuniara de $2.394.624.oo.

2a): Son nulos los actos de 16 de septiembre de 1988 y de 15 de noviembre del mismo año, expedidos, en su orden, por el Jefe de la División de Suscriptores y el Subgerente Comercial y Financiero de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, por los cuales se resolvieron los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra el acto anterior, confirmándolo.

3a): Como consecuencia de lo anterior se declare que la actora no esta obligada a cancelar a la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, la sanción pecuniaria impuesta y se le condene a ésta a pagar a aquélla el valor de los perjuicios materiales y morales causando en virtud de los hechos que originaron la demanda.

I.2.- En apoyo de sus pretensiones la parte actora adujo los siguientes cargos de violación:

PRIMER CARGO: El acto que impuso la sanción se expidió en forma irregular al no observar el procedimiento administrativo consagrado en los artículos 28, 34 y 35 del Decreto Ley 01 de 1984.

En efecto, no se cumplió con el deber de comunicar a la actora la existencia de la actuación ni su objeto, así como tampoco se le dio oportunidad de presentar pruebas o de expresar sus opiniones antes de adoptar la decisión que impuso la sanción pecuniaria.

SEGUNDO CARGO: El acto que impulso la sanción adolece de error en los motivos pues fue motivado con fundamento en una supuesta revisión efectuada al contador No. 14052739 de las instalaciones de la actora.

Dicha revisión no se realizó, por la cual la decisión queda sin base jurídica y de hecho, además que la falta no existió porque hubo fuerza mayor.

I.3.- A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 30 de marzo de 1995, que fue oportunamente apelada por el apoderado de la parte actora.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el a quo razonó, principalmente, de la siguiente manera:

1o): No se violó el artículo 28 del C.C.A., por cuanto al momento de efectuarse la revisión del contador para registrar su consumo dicha diligencia fue atendida por el

Subgerente de la sociedad actora, según consta en los documentos obrantes a folios 16 y 138 a 140, lo cual no ha sido desvirtuado por la actora.

Así las cosas, la actora tuvo desde un principio información del hecho en conflicto siendo evidente el conocimiento que ella tenía de la actuación administrativa que se estaba llavando a cabo.

Por la anterior razón no se vulneraron los artículos 34 y 35*ibídem* y del caso advertir que la actora tuvo oportunidad de interponer los recursos, sin que por lo mismo se le hubiera desconocido los términos para presentar pruebas.

2o): No se incurrió en falsa motivación y el caso sub judice se cumplió con creces la formalidad prevista en el artículo 35 del C.C.A., si se tiene en cuenta que la actuación administrativa se inicio con una revisión efectuada al contador No. 14052739 de la cual surgieron irregularidades con consecuencias económicas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 58 de la Resolución No. 2360 de 20 de diciembre de 1979 del Ministerio de Minas y Energía, por lo cual se concluye que los actos acusados se expidieron por funcionarios competentes, en forma regular y sin desconocer en ningún momento el derecho de defensa.

III.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los motivos de discrepancia del recurrente se sustentan, en esencia, así:

En el caso*sub-examine* el procedimiento administrativo consagrado en el C.C.A., no se observó ni se respetaron sus fases o etapas, por cuanto al particular afectado en ningún momento se le comunicó la existencia de un procedimiento administrativo en su contra, ni se le dio la oportunidad de controvertir y aportar las pruebas que considerara necesarias para esclarecer los hechos, ni se le elevó pliego de cargos ni se le escuchó su opinión antes de tomar la decisión.

No obra ninguna prueba dentro del expediente que permita concluir que la Empresa de Energía Eléctrica le haya corrido traslado a la sociedad actora para que aportara pruebas o controvirtiera las practicas por ella.

Resulta ilógico pretender afirmar que la actora sí ejerció el derecho de contradicción por haber interpuesto los recursos pertinentes en la vía gubernativa, pues que oportunidad se le dio para alegar un caso fortuito?. O en qué momento se oyó al representante legal en descargos?

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme obra a folio 16 del cuaderno principal el 11 de mayo de 1988 se práctico por parte de funcionarios de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá una revisión a los equipos de medida eléctrica en las instalaciones de la sociedad actora, con la presencia del Subgerente de la misma, señor Jaime Russy, quien aparece firmando el acta

correspondiente, en la cual se deja como constancia que "no registra consumo por el elemento T, ya que la señal de tensión del respectivo CT se encontró desconectada".

Habiendo estado presente el Subgerente de la sociedad actora en la visita practicada para revisar los equipos de medida, lo cual no ha sido desvirtuado por la demandante, no puede afirmarse que ésta no hubiera tenido conocimiento de los hechos que motivaron la sanción impuesta, hechos estos que configuran una contravención administrativa en el Reglamento General de las Empresas de Energía Eléctrica, sujeta a sanción, Reglamento que todo usuario debe respetar y aceptar, según las voces del artículo 2° de la Resolución No. 2360 de 20 de diciembre de 1979 "por la cual se dicta el reglamento general para el suministro de energía eléctrica en el país, por parte de las Empresas que prestan este servicio público", expedida por el Ministerio de Minas y Energía (folios 218 a 242).

De otra parte, como lo precisó la Sala en la sentencia de 28 de octubre de 1994 (Expediente No. 2790, Actora: sociedad Hidroplástica Ltda., Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), y ahora lo reitera, del contenido de los artículos 9°, 12 y 14 de la citada Resolución se deduce que la Administración tiene una facultad discrecional en la vigilancia de la prestación del servicio público de energía que hace que para efectos de la revisión de los aparatos de medición del consumo de energía no se requiera citar previamente a los suscriptores del servicio.

Y si, como ya se dijo, en el caso *sub-examine* estuvo presente en la visita un representante de la sociedad actora y se enteró de la anomalía encontrada, nada impedía que antes de que se adoptara una decisión al respecto, y aún después de adoptada, se pudieran aportar pruebas tendientes a demostrar que tal anomalía "se debió a una situación puramente accidental", como lo adujo la sociedad actora ante el jefe de la División de Suscriptores de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, en el escrito de 4 de agosto de 1988 (folio 29 *ibídem*), en que interpuso los recursos de reposición y apelación contra el acto de 25 de junio del mismo año, que le impuso la sanción pecuniaria que se demanda.

Cabe resaltar que en esta oportunidad la sociedad actora se limitó simplemente a afirmar la supuesta accidentalidad de la anomalía, sin que hubiera aportado prueba fehaciente tendiente a demostrarla.

Asunto diferente es que este argumento no hubiera sido convincente para la Administración. Pero este aspecto no es el que se discute en la demanda.

Lo precedente pone en evidencia que los cargos de la recurrente no tienen vocación de prosperidad, razón por la cual debe cofirmarse la sentencia apelada.

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

FALLA:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 14 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN/DECAIMIENTO DEL ACTO-Improcedencia/
ESPACIO PÚBLICO Y PRIVADO-Reglamentación/**CONSTRUCCIÓN-**Altura

Le asiste razón al recurrente cuando afirma que la teoría del decaimiento del acto administrativo no es aplicable en el presente caso, pues cierto que la resolución No. 159 de 21 de septiembre no invocó como fundamento jurídico de la misma el Decreto 1158 de 1961 y antes bien por el contrario, tanto como el apoderado del municipio de Pasto como el del señor Paulo Rodríguez (titular de la licencia) argumentaron y demostraron que este último decreto fue "superado" por el Decreto 490 de 1991 y posteriormente derogado expresamente por el artículo 8o. del Decreto 469 de 1994. Comoquiera que el decreto 490 de 1991 se refiere a la altura máxima que deben tener las edificaciones en TODA el área de Pasto sin que en ninguna de las normas se hubiese exceptuado que aquellas que se elevasen en la Urbanización Pandiaco, la Sala estima que en efecto le asiste razón al apelante y al Ministerio Público, cuando afirman que el Decreto 1158 de 1961, por el cual reglamentó dicha urbanización, fue subrogado por el Decreto 490 de 1991, de tal manera que loque ha debido analizarse por parte del actor es si de acuerdo con lo estipulado en el artículo anteriormente transcrito, podía autorizarse al señor Paulo Rodríguez la construcción de un edificio de cinco pisos y altillo. Además el Decreto No. 469 de 1994 "por medio del cual se reforma el Reglamento Interno de la Urbanización Pandiaco Sector "La Colina", confirma que dicho reglamento ya había sido subrogado por el Decreto No. 490 de 1991, pues señala para dicha urbanización las mismas alturas determinadas en el último decreto citado para toda el área urbana de Pasto, reiterándose que en éste no se excluyó a la Urbanización Pandiaco

y como quiera que no se discute que ésta se encuentra ubicada dentro del área urbana, la resolución demandada bien podía otorgar la licencia para construir una edificación de más de dos pisos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3090. Actor: Armando Ponce Muriel.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de segunda instancia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del titular de la licencia de construcción otorgada mediante el acto administrativo acusado, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, de fecha 15 de marzo de 1995.

I. ANTECEDENTES

a.- El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda.

El señor Armando Ponce Muriel, a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño: 1o. La nulidad de la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993, expedida por la Secretaría de Obras Municipales de Pasto; 2o. La declaratoria de que ha operado el silencio administrativo negativo, en relación con los recursos de reposición y apelación, incoados por el demandante contra la citada resolución, el 7 de diciembre de 1993; 3o. La declaratoria de nulidad del acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, en relación con los recursos de reposición y apelación mencionados; y 4o. La suspensión de toda obra que se esté ejecutando con fundamento en la resolución acusada. Asímismo, a título de restablecimiento del derecho, solicitó que se condene a la entidad demandada a indemnizar todos los perjuicios causados con motivo de la ejecución de la resolución demandada, en cuanto se refiere al aflojamiento del suelo donde se sustenta la casa del actor, el resquebrajamiento de la estructura colindantey la pérdida de estética de su vivienda, como residencial. De igual manera, solicitó que sobre las sumas que resulte condenada la demandada, se realicen los ajustes de valor, tomando como base el índice de precios al consumidor que certifique el Dane y/o el Banco de la República, tal y como lo autoriza el artículo 178 del C.C.A., y finalmente, que sobre dichas sumas la entidad demandada pague los intereses comerciales y moratorios, en los términos del artículo 177 *ibídem,* si no da cumplimiento al fallo dentro de los términos previstos en el artículo 176 del mismo estatuto.

b.- Los actos acusados

Son los siguientes:

1o.- La Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993, por la cual la Secretaría de Obras Públicas Municipales de Pasto concedió licencia al señor Paulo Rodríguez para

la construcción de un edificio de cinco pisos con altillo y sótano, ubicado en la carrera 42, calles 17 y 18 de dicha ciudad.

2o.- El acto ficto o presunto derivado del silencio administrativo negativo, en relación con los recursos de reposición y apelación interpuestos por el demandante en contra de la resolución identificada en el numeral anterior.

c.- Las normas Presuntamente violadas y el concepto de violación

Primer cargo.- La resolución acusada violó, por indebida interpretación, el artículo 58 de la Constitución Política, pues si bien el propietario de un predio puede hacer uso del goce de su bien, éste tiene su límite en la función ecológica que cumple la propiedad, y que encuentra desarrollo en normas de carácter legal.

Segundo cargo.- Inaplicación del artículo 79 de la Carta Magna, por cuanto el acto demandado no protege el medio ambiente que para el caso en particular se encuentra tutelado jurídicamente en la Ley 9a. de 1989, en decretos municipales, e incluso por los límites a la propiedad, contenidos en las escrituras de los vecinos de la urbanización y del peticionario de la licencia de construcción.

Tercer cargo.- La Secretaría de Obras Públicas dejó de aplicar los artículos 5o. y 6o. de la Ley 9a. de 1989, por cuanto la zona verde merece protección y respeto del Estado, de conformidad con el artículo 5o, citado, que menciona a las zonas verdes como espacio público, y porque el artículo 6o. prohíbe variar el destino del espacio público.

Cuarto cargo.- Indebida aplicación del artículo 63 de la Ley 9a. de 1989, que regula lo concerniente a la expedición de la licencia de construcción, así como inaplicación del artículo 68 *ibídem,* que prevé la regulación por el concejo de las transferencias de bienes inmuebles sometidos a regímenes urbanísticos especiales.

Quinto cargo.- Violación del Decreto Municipal No. 1158 de 1961, contentivo del Reglamento de la Urbanización Pandiaco, pues en su artículo 5o, se establece que la altura máxima de los edificios es de dos pisos, concediendo la resolución acusada una licencia para construir un edificio de cinco pisos. Este decreto se encuentra vigente y confirmado por el Decreto 490 de 1991 (Plan de ordenamiento urbanístico de Pasto), que establece las alturas máximas y hace obligatoria la dotación de un reglamento interno para cada urbanización, disponiendo que sus normas sólo podrán ser variadas con el visto bueno de Planeación Municipal y en asamblea general de coopropietarios.

Sexto cargo.- Violación de los artículos 27 y 28 del Decreto 2811 de 1974, pues en ellos se obliga a toda persona a declarar ambientalmente su actividad y a cumplir con los requisitos ambientales antes de iniciar una construcción. En el presente caso, la escritura del peticionario Paulo Rodríguez contiene un atropello al medio ambiente, pues en ella se hace desaparecer la limitación del dominio de construir más de dos pisos y se abarca la zona verde No. 4 de la urbanización.

Séptimo cargo.-Violación del Decreto No. 958 de 1992, que regula lo concerniente a las construcciones urbanas, pues si el Secretario de Obras hubiese revisado los reglamentos internos de la urbanización, habría encontrado las alteraciones al lote sobre el cual se proyecta la edificación.

Octavo cargo.- Falsa motivación, por cuanto en la resolución acusada se afirma que no hubo oposición de los colindantes, cuando lo cierto es que el actor se hizo presente el 17 de agosto de 1993 en la Oficina de Interventoría de Obras Públicas del Municipio, donde luego de explicar verbalmente las razones para oponerse a la obra proyectada, entregó una copia de un escrito dirigido a Planeación Municipal, por los vecinos de la Urbanización La Colina, en el que se manifiesta la oposición a la obra.

Además, en el acto demandado se dice que se concede la licencia en consideración a la petición del señor Paulo Rodríguez, cuando quien aparece firmando dicha petición es otra persona, lo que se deduce porque el número de cédula no corresponde al que se menciona en la resolución como del peticionario.

d.- Las razones de la defensa.

La demanda fue contestada por los apoderados del Municipio de Pasto y del señor Paulo Rodríguez, quienes, en síntesis, adujeron los siguientes argumentos:

1.- Del Municipio de Pasto (fls. 296 a 299 del Cdno. Ppal.): La parte actora fundamenta sus pretensiones en la supuesta violación del Decreto Municipal No. 1158 de 1961 por medio del cual se reglamenta la Urbanización Pandiaco, el cual fue derogado por el Decreto No. 490 de 1991 "Estatuto del área Urbana del Municipio de Pasto", vigente a la fecha.

La Secretaría de Obras para expedir la licencia de construcción en discusión, se fundamentó en los Decretos Nacionales Nos. 958 de 1992 y 1319 de 1993, en los cuales se establecen los trámites administrativos y técnicos para proceder a conceder este tipo de licencias.

La acción interpuesta se fundamentó en un memorial suscrito por un ingeniero civil, memorial que no tiene la categoría de dictamen pericial en los términos consagrados en el artículo 300 del C. de P.C., en concordancia con el artículo168 del C.C.A.

2.- Del señor Paulo Rodríguez.- En el proyecto se ha respetado la zona verde, y en ese sentido se hizo la solicitud y así fue como se aprobó, tal y como consta en la parte motiva de la resolución.

El Decreto No. 1158 de 1961 reglamentó la Urbanización Pandiaco, pero esta reglamentación quedó desueta, pues las entidades municipales de Pasto han dado prelación en esta materia y sobre todo en este sector, al Estatuto del Área Urbana del Municipio de Pasto (Decreto No. 490 de 1991), que reglamenta íntegramente la materia y que por ser posterior, deja sin vigencia el Decreto No. 1158 de 1961, en virtud del

mandato contenido en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, sobre "adopción de códigos y unificación de la legislación nacional".

El trámite administrativo para conceder la licencia de construcción, se ajusta plenamente al Decreto No. 958 de 1992 que es de superior categoría, por ser nacional, al que se considera violado (Decreto 1158 de 1961).

Conforme a lo previsto en los Decretos Nos. 490 de 1991 y 958 de 1992, el proyecto, con todos los requisitos, se radicó en la Oficina de Planeación Municipal, adjuntando la correspondiente resolución de autorización o licencia.

Hasta la fecha no se conoce el impacto del proyecto de manera oficial y por lo tanto ha sido precipitada e ilegal la medida de suspensión provisional, adoptada por el Tribunal.

Excepciones: Tanto el apoderado del Municipio de Pasto como el del señor Paulo Rodríguez, proponen la excepción de inexistencia de la norma invocada como violada, pues el Decreto 1158 de 1961 fue modificado y derogado, respectivamente, por los Decretos Nos. 490 de 1991 y 469 de 21 de junio de 1994. Lo anterior, con fundamento en el artículo 5o. de la Ley 57 de 1887, donde se establece la prelación de normas en los códigos.

e. La actuación surtida.

De conformidad con las normas correspondientes previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por autos de 18 de mayo y 3 de junio de 1994, respectivamente, se admitió la demanda y se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado (fls. 77 y 78, y 81 a 83 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 25 de enero de 1995 (fl. 438 del Cdno. Ppal.), se corrió traslado a las partes y al señor Agente del Ministerio Público para alegar de conclusión, derecho del cual hicieron uso la parte demandada (fl. 445 del Cdno. Ppal.), el apoderado del señor Paulo Rodríguez (fl. 442 del Cdno. Ppal.) y el Señor Agente del Ministerio Público (fl. 451 del Cdno. Ppal.).

II.- LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante la sentencia recurrida el Tribunal de origen declaró la nulidad de la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993 y denegó las demás pretensiones consecuenciales, con fundamento en las consideraciones que se resumen a continuación (fls. 461 a 474 del Cdno. Ppal.):

La demanda busca la nulidad de la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993, en cuanto autorizó al señor Paulo Rodríguez la construcción de un Edificio de cinco pisos con altillo.

Como quiera que se invocó como norma violada el artículo 5o. del Decreto 1158 de 1961, que establecía que la altura de las construcciones no podía sobrepasar de dos pisos, contraviniéndolo con la resolución demandada en cuanto concedió la licencia de construcción al señor Paulo Rodríguez para un edificio de cinco pisos y altillo, se decretó la suspensión provisional de dícho acto, ya que el mencionado reglamento se encontraba vigente.

De haber continuado la situación como se presentó inicialmente, se declararía la nulidad del acto demandado, junto con las peticiones consecuentes, por ser manifiestamente violatorio del Decreto 1158 de 1961 y sin consideración alguna a las otras normas que se invocan por la parte demandada, pues ellas no hacen referencia especial al reglamento de una urbanización determinada como lo es la del Barrio Pandiaco.

Sin embargo, la situación dio un vuelco total al haber surgido a la vida juridíca el Decreto No. 469 de 1994, derogatorio del Decreto 1158 de 1961, que en determinado momento sirvió de sustento al acto administrativo impugnado.

Hasta tal punto llegó la variación de la situación, que luego de surgir el Decreto 469 de 1994, apareció la Resolución No. 369 de 24 de agosto del mismo año, respaldada en este último decreto, y que en el fondo reprodujo el acto administrativo demandado, habiendo sido suspendida provisionalmente, decisión que revocó el Consejo de Estado, por cuánto, "Mediante el artículo 8o. del Decreto 469 de 21 de junio de 1994..., se derogó expresamente el Decreto 1158 de 1961, en cuyo artículo 5o., como quedó visto, se fundamentó la suspensión provisional del primer acto".

En consecuencia, aparentemente podría estarse frente a lo que se conoce como sustracción de materia por derogatoria expresa de una norma por otra de igual jerarquía, como lo sostienen los apoderados del Municipio de Pasto y del señor Paulo Rodríguez, respecto tanto de los decretos (1158 y 469) como de las resoluciones (159 y 369), pero encuentra el Tribunal que ello no es así, toda vez que frente a los dos decretos no se ha hablado de demanda de nulidad y frente a las dos resoluciones no se podría hablar de derogatoria si se tiene en cuenta que la primera creó una situación individual y concreta, que no podría perder sus efectos, si no se acude al trámite establecido por el artículo 73 del C.C.A.

En el caso en concreto se está frente al fenómeno de decaimiento del acto administrativo, que se dá cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen del escenario jurídico por alguna razón especial, como podría ser por medio de una sentencia o por derogatoria expresa.

Como lo anota el Dr. Penagos en su obra "El Acto Administrativo", "... el legislador colombiano ha establecido expresamente que el acto administrativo –sin hacer distinción entre el general y el particular o concreto–, salvo norma expresa en contrario, pierde su fuerza ejecutoria, entre otros casos "cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho" (artículo 66-2 C.C.A.); y segundo "Cuando por sentencia ejecutoriada se

declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo intendencial, comisarial, distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efecto en lo pertinente los decretos reglamentarios" (inciso final del artículo 175 del C.C.A.).

Planteada así la situación aquí debatida, se declarará la nulidad del acto demandado, pues desaparecidos los fundamentos de derecho del mismo, no se podrá seguir insistiendo en su validez o eficacia, porque ello equivaldría a irse en contra de la misma ley, que lo considera inválido. Este es el criterio del Consejo de Estado expuesto en fallos sobre el particular.

No obstante, no se decretarán las peticiones consecuenciales que se hacen en la demanda, pues de un lado, la nulidad de la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993 no obedece a los motivos alegados por el actor, los cuales sí darían margen para las declaratorias consecuenciales, y de otro, porque no se demostraron los perjuicios solicitados.

Para los efectos de ley, no importa que la declaratoria de nulidad a proferirse no surta efecto real jurídico alguno, en razón de la emisión de la Resolución No. 369 de agosto de 1994 que otorgó nuevamente permiso para la construcción a que alude el acto acusado, ya que en el fondo lo que se persigue con tal determinación es poner de presente el efecto del decaimiento del acto por desaparición de la norma que lo fundamentaba y evitar el absurdo de considerar "válido lo que la ley considera inválido", según términos utilizados por el Consejo de Estado.

El acto demandado en principio sí fue violatorio del Decreto 1158 de 1961, razón por la cual de no haberse derogado esta norma legal que fue su fundamento, se declararía no sólo su nulidad sino todas las demás declaraciones consecuenciales solicitadas.

El *a-quo* en el fondo está de acuerdo con la parte demandada y el Ministerio Público respecto de que la resolución acusada no tiene existencia jurídica, aunque la determinación a tomar no puede ser distinta a la de la anulación del acto.

La nulidad a decretarse deja sin pié la suspensión provisional que se dictó, porque la declaratoria de no validez de un acto que tiene el carácter de definitivo, absorbe una de menores efectos que tiene carácter provisional, debiéndose anotar que además dicha suspensión provisional tampoco ha operado, en virtud de la nueva autorización de construcción que aún rige y que no se sabe si está o no cuestionada judicialmente.

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. 476 y 479 del Cdno. Ppal.):

El Tribunal se ha empeñado desde un comienzo y hasta el final, en predicar que el Decreto 1158 de 1961 se encontraba vigente al momento de expedirse el acto acusado,

sin que haya analizado los efectos jurídicos producidos por el Decreto 490 de 1991, respecto del citado Decreto 1158 de 1961.

En efecto, el Estatuto del Área Urbana para el Municipio de Pasto (Decreto 490 de 1991), es de mayor jerarquía legal, orgánica y material que el contentivo del Reglamento Interno de la Urbanización "Pandiaco" (Decreto 1158 de 1961), el cual fue superado o derogado implícitamente por aquél.

El texto de la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993 solo menciona como fundamentos de derecho de la misma los Decretos 372 de 1991, 958 de 1992 (de orden nacional) y 490 de 1991 (de orden municipal), los cuales no han sido cuestionados ni mencionados por el fallador.

El *a-quo* al conceder la suspensión provisional y al fallar como lo hizo, simplemente le dio validez a un acto que ya había sido invalidado por otro, antes de haberse instaurado la demanda, y le quitó validez al Decreto 490 de 1991, el cual hasta la fecha se encuentra vigente.

El único efecto jurídico que produjo el Decreto 469 de 1994, que derogó expresamente el Decreto 1158 de 1961, fue "hacer llover sobre mojado", como se dice en el argot popular, ya que había sido superado o derogado antes por otro de mayor jerarquía normativa.

El fallador de primera instancia al transcribir la sentencia del 23 de febrero de 1990 del Consejo de Estado, olvidó hacer referencia a la última parte de la misma: "Naturalmente que lo anterior, puede predicarse de los actos de carácter general y de los de carácter particular, en cuanto no se refieran a situaciones concretas pues de éstas no podría predicarse decaimiento en el sentido expuesto".

No es necesario hacer esfuerzo alguno, para comprender que el acto acusado es de carácter particular.

IV.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación expresa que el fallo apelado debe revocarse por cuanto el Tribunal fundamentó su decisión de anular la licencia de construcción para levantar un edificio de cinco pisos con altillo en la norma contenida en el artículo 5o. del Decreto 1158 de 1961, que establecía para la Urbanización Pandiaco una altura máxima de dos pisos.

El Decreto 490 de 1991 contiene el Plan de Ordenamiento Urbanístico de Pasto, señalando en el artículo 43 la altura máxima de las edificaciones en el área de dicha ciudad, de acuerdo con el área frontal del lote.

En consecuencia, en materia de altura máxima de las edificaciones en el área urbana de la ciudad de Pasto, la norma vigente no era el artículo 5o. del Decreto 1158 de 1961,

sino el artículo 43 del Decreto 490 de 1991, que subrogó el anterior. Por lo tanto, ha debido verificarse si el frente del lote No. 36 del Barrio La Colina, permitía la construcción de una edificación de cinco pisos.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Sala revocará la decisión apelada y en consecuencia denegará las pretensiones de la demanda, por las siguientes razones:

Le asiste razón al recurrente cuando afirma que la teoría del decaimiento del acto administrativo no es aplicable en el presente caso, pues es cierto que la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993 no invocó como fundamento jurídico de la misma el Decreto 1158 de 1961 y antes bien por el contrario, tanto el apoderado del Municipio de Pasto como el del señor Paulo Rodríguez (titular de la licencia) argumentaron y demostraron que este último decreto fue "superado" por el Decreto 490 de 1991 y posteriormente derogado expresamente por el artículo 8o. del Decreto 469 de 1994.

En efecto, a folio 39 del Cuaderno Principal se encuentra la resolución demandada, en la cual se invocan como fundamentos jurídicos para su expedición, las atribuciones legales del Secretario de Obras Públicas Municipales de Pasto, y en especial las contenidas en los Decretos 958 de 1992, 372 de 1991 y 490 de 1991.

Por ello, esta Corporación se remite al Decreto 490 de 1991, "Por el cual se reforma el Acuerdo No. 15 del 5 de diciembre de 1990 en relación con el Espacio Público, Privado, Área Central y se dictan otras disposiciones", que el apelante señala como norma básica tenida en cuenta para la expedición del acto impugnado y que es el aplicable al caso *sub-examine*.

A folios 120 a 125 del Cuaderno Principal obra el Capítulo Tercero del decreto anteriormente citdo, sobre normas de control espacial y volumétrico, donde se habla, por ejemplo, de los aislamientos laterales para construcciones de hasta cinco pisos, al igual que para construcciones demás de cinco pisos, lo cual lleva a concluír que para el área urbana de Pasto sí se permiten edificaciones de más de dos pisos.

Ahora bien, el artículo 43 del decreto en estudio, prescribe:

"ALTURA MÁXIMA EN TODA EL ÁREA DE PASTO:

Lote con un frente: 1 1/2 veces la longitud del frente del lote (sobre la calle).

Lote esquinero: Se tomará 1 1/2 veces la suma de la longitud de los dos frentes (sobre la calle) dividido entre dos.

Lote varios frentes: 1 1/2 veces la longitud de los frentes (sobre la calle) dividido por el número de frentes" (negrilla fuera del texto).

Como quiera que el Decreto 490 de 1991 se refiere a la altura máxima que deben tener las edificaciones en TODA el área de Pasto, sin que en ninguna de las normas se

hubiese exceptuado que aquellas que se elevasen en la Urbanización Pandiaco, la Sala estima que en efecto le asiste razón al apelante y al Ministerio Público, cuando afirman que el Decreto 1158 de 1961, por el cual se reglamentó dicha urbanización, fue subrogado por el Decreto 490 de 1991, de tal manera que lo que ha debido analizarse por parte del actor es si de acuerdo con lo estipulado en el artículo anteriormente transcrito, podía autorizarse al señor Paulo Rodríguez la construcción de un edificio de cinco pisos y altillo.

Además, el Decreto No. 469 de 1994 "por medio del cual se reforma el Reglamento Interno de la Urbanización Pandiaco Sector La Colina", confirma que dicho reglamento ya había sido subrogado por el Decreto No. 490 de 1991, pues señala para dicha urbanización las mismas alturas determinadas en el último decreto citado para toda él área urbana de Pasto, reiterándose que en éste no se excluyó a la Urbanización Pandiaco y como quiera que no se discute que ésta se encuentra ubicada dentro del área urbana, la resolución demandada bien podía otorgar la licencia para construir una edificación de más de dos pisos.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 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.- REVÓCASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de marzo de 1995 y, en su lugar, se dispone:

a) DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

b) LEVÁNTASE la medida de suspensión provisional de la Resolución No. 159 de 21 de septiembre de 1993.

Segundo.- De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C.C.A. y 392-4 del C.de P.C., condénase a la parte actora en costas de las dos instancias.

Tercero.- En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha catorce de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

SECRETARIA MUNICIPAL DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE-Requisitos Previos/**ESTUDIO DE FACTIBILIDAD/INTRA**-Funciones/**CONCEJO MUNICIPAL**-Funciones/**POLICÍA DE TRÁNSITO**-Verificación Normativa

El Concejo Municipal de Soacha, mediante los Acuerdos acusados creó la Secretaría Municipal de Transporte y Tránsito, determinó su estructura orgánica, estableció sus objetivos y fijó sus funciones, sin el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 1o. de la Resolución 03846 de 1993, expedido por el INTRA. La ostensible y manifiesta violación de la precitada norma no desaparece por haberse cumplido mediante los actos impugnados, si es que en gracia, de discusión se acepta lo argumentado por el recurrente, con la descentralización administrativa y pretende fortalecerse la autonomía municipal, ya que la solicitud de la asesoría técnica y la presentación del estudio de factibilidad, son requisitos obligatorios y previos a la creación de la entidad aquí cuestionada. La obligatoriedad se deduce de los mismos términos del inciso 1o. del artículo primero de la Resolución 03846 de 1993. Si bien es cierto que según lo dispuesto en el artículo 313, numeral 6 de la Constitución Nacional, a los Concejos le corresponde, entre otras, la función de determinar la estructura de la determinación de las pautas para la creación, funcionamiento y reglamentación de los organismos de Tránsito y Transportes y concretamente la exigencia de los requisitos previos a su creación, establecidos en la Resolución 03846, expedida por el INTRA para fijar las pautas "que debe sujetarla creación y funcionamiento de los organismos de transporte y/o tránsito"; y a su vez, de conformidad con lo reglado en el artículo 150 numeral 25, al Congreso

le compete, a través de las leyes, entre otras, la función de "Unificar las normas sobre Policía de Tránsito en todo el territorio de la república".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3446. AUTORIDADES MUNICIPALES. Actor: OMAR EDGAR BORJA SOTO Y OTRO.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del Municipio de Soacha contra el auto de 11 de mayo de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dentro del proceso de la referencia y en cuanto decretó la suspensión provisional de los actos acusados.

ANTECEDENTES

Los señores Omar Édgar Borja Soto y José Ernesto Martínez Tarquino, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de los Acuerdos 78 y 05 de 22 de diciembre de 1993 y 11 de marzo de 1994, respectivamente, expedidos por el Consejo Municipal de Soacha, mediante los cuales se creó la Secretaria de Tránsito y Transporte del Municipio de Soacha y se le adicionaron facultades al Alcalde para el funcionamiento de dicha Secretaría.

Los actores fundamentan la solicitud de suspensión provisional del acto acusado en "una ostensible y protuberante infracción", por parte de éste, de la resolución 3846 de 1993 del Ministerio del Transporte y de los artículos 4o. y 5o. literales d) y e) de la Ley 136 de 1994.

En tal sentido se argumenta, en esencia, que en la expedición de los Acuerdos impugnados se omitió el procedimiento previo a la creación de la Secretaría de Tránsito y Transporte que consagra el artículo 1o. de la Resolución 3846 de 1993, es decir, no se solicitó asesoría técnica al INTRA para efectos de establecer la estructura orgánica y las funciones de la mencionada Secretaría, ni se elaboró el estudio de factibilidades ordenada en la Resolución citada.

Se dice también en la solicitud que los actos acusados tampoco se ciñeron a lo establecido en el artículo 2o. de la Resolución 3846, toda vez que no se presentó ante la dirección del INTRA solicitud de clasificación acompañada de los respectivos documentos, violándose el principio rector de subsidiariedad consagrado en el literal c) del artículo 4o. de la Ley 136 de 1994, según el cual las competencias atribuidas a otros niveles territoriales solo entran a operar una vez se cumplan plenamente las condiciones establecidas en la norma correspondiente.

Los Acuerdos demandados violan los principios rectores del ejercicio de competencia (art. 4o., Ley 136 de 1994), por cuanto, no se respetaron las atribuciones de otras

autoridades o entidades, en este caso, las conferidas al Ministerio de Transporte, y por cuanto, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Soacha entró a ejercer funciones sin cumplir las condiciones establecidas para ello en la Resolución 3846 de 1993.

Los actos acusados se fundaron en la Resolución 2444 de 1989, la cual se encontraba expresamente derogada por el artículo 5o. de la Resolución 3846 de 1993.

Así mismo, aparece violado el artículo 5° de la Ley 136 de 1994, pues en la expedición de los Acuerdos impugnados, no se observaron los principios rectores de la administración municipal, en particular los de eficiencia, moralidad y responsabilidad, pues de una parte uno de los fines del estudio de factibilidad (literal b. art. 1o. Resolución 3846 de 1993) es tener en cuenta la existencia de otros organismos de trámite en la Región en este caso la Inspección de Tránsito de Soacha, y tampoco se observó el principio de la moralidad, por cuanto los Acuerdos no se rigieron por la ley.

EL AUTO APELADO

Para decretar la suspensión provisional solicitada el *a-quo* razonó, en esencia, de la siguiente manera:

> "1o. La Resolución número 3846 del 11 de agosto de 1993 del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito establece en su artículo primero el procedimiento que los municipios interesados deberán cumplir en forma previa a la creación del organismo de tránsito y transporte. Y ese procedimiento contempla el cumplimiento de los siguientes requisitos: a.- Solicitar asesoría técnica al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito a efectos de establecer la estructura orgánica y funciones que debe cumplir; b.- Elaborar un estudio de factibilidad con un contenido mínimo que la norma señala.
>
> "2o. Según certificación expedida por el Director General de Transporte y Tránsito terrestre automotor y por el Subdirector de Tránsito y Seguridad Vial del Ministerio del Transporte, de fecha 23 de marzo de 1995, visible a folios 32 y 33, la Secretaría de Tránsito y Transporte de Soacha solicitó en escrito del 17 de enero de este año asesoría técnica con el fin de dar cumplimiento a lo presentado en la Resolución 3846 de 1993 y hasta esa fecha el Municipio de Soacha no ha presentado el respectivo estudio de factibilidad.
>
> "3o. La mencionada certificación aducida con la solicitud de suspensión provisional constituye un documento público del cual se deduce que el Consejo Municipal de Soacha expidió los actos impugnados sin que previamente le hubiese dado cumplimiento a los requisitos exigidos en el artículo 1o. de la Resolución No. 03846 del 11 de agosto de 1993 del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, consistentes en la solicitud de asesoría a esa entidad a efecto de establecer la estructura orgánica y funciones que debía cumplir el organismo municipal de tránsito que se creo y en la elaboración del estudio de factibilidad.

"4o. Como la Resolución 03846 del 11 de agosto de 1993 del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito estaba vigente al momento de la expedición de los Acuerdos impugnados, el Consejo Municipal de Soacha debía sujetarse a lo dispuesto en esa normativilidad superior del orden nacional. Y como no lo hizo, surge la infracción manifiesta de una norma superior –el artículo 1o. de dicha Resolución– que da lugar a la medida de la suspensión provisional".

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Con el propósito de que la suspensión provisional sea revocada, el señor apoderado de Municipio de Soacha, presenta los argumentos que a continuación se sintetizan:

La violación de la Resolución 03846 por parte de los actos acusados no fue manifiesta, pues el aparente incumplimiento del procedimiento señalado por el antiguo INTRA, no afectó en nada el cumplimiento de la descentralización administrativa perseguido por la mencionada Resolución, si en cuenta se tiene que mediante los Acuerdos demandados se crea una dependencia municipal para que desarrolle las funciones legales como organismo de tránsito.

La asesoría que se solicita al Ministerio es facultativa y no obligatoria. No tiene el alcance de requisito previo para determinar la estructura y fijar la funciones de una dependencia de la administración municipal, cuando la Constitución Nacional ha establecido esta competencia en el artículo 313-6, en cabeza de los Consejos Municipales.

Los demandantes no han probado, que para la fecha de los Acuerdos, no se hubiera realizado una evaluación de los parámetros y necesidades que llevarán a la creación del ente jurídico, situación que se refleja en los antecedentes que originaron la expedición de los Acuerdos. Conforme al artículo 2o. de la Resolución 3846 de 1993, sólo es exigible la presentación del estudio, una vez se ha creado el organismo de tránsito y se presenta al Ministerio la solicitud para que sea clasificado.

Desde la expedición del Decreto 080 de 1987, ha correspondido a los municipios la regulación del transporte y el tránsito, y ha sido del resorte de los Alcaldes la ejecución de tal regulación.

La ley (art. 3o., Decreto-Ley 1344 de 1970, reformado por el Decreto Ley 1809 de 1990), determina que el Alcalde Municipal es autoridad de tránsito. Se le asignan a este funcionario la función de imponer sanciones (art. 236 del Decreto Ley 1344 de 1970), y en general las de restringir y vigilar la circulación de las personas por vías y lugares públicos, las que puede desarrollar en forma directa, o delegándolas en alguna dependencia, o conforme a las funciones que haya determinado el Consejo Municipal para cada una de las dependencias de la administración municipal. El ejercicio de estas funciones no está condicionado por la ley o los reglamentos a que se obtenga autorización previa de un ente nacional.

Para lo que sí se requiere obtener una clasificación como organismo de tránsito, en una de las tres categorías establecidas en el Decreto Reglamentario 1147 de 1991, es para desarrollar las funciones que allí se determinen en los artículos 3o., 4o. y 5o. y que corresponden en su mayoría a la expedición de documentos que tienen el carácter de nacionales, como las, licencias de tránsito, licencias de conducción, placas, revisados, etc.

La competencia del Ministerio no es para la creación del organismo de tránsito sino sólo interviene en forma directa para su clasificación.

La suspensión provisional no debe abarcar todos los artículos de los Acuerdos, por cuanto las funciones en cabeza de los municipios por Constitución y por ley, que no requieren de un organismo de tránsito para su desarrollo, deben continuar en normal funcionamiento como es el caso de la regulación del transporte público de pasajeros dentro del territorio del municipio, funciones delegables en las dependencias de la administración municipal y que deben ser desarrolladas por la Secretaría de Tránsito y Transporte, en cumplimiento de los Acuerdos. Tampoco puede hacerse extensiva la suspensión a las autorizaciones que otorga el Consejo Municipal al Alcalde en los artículos 2o., 3o. y 4o. del Acuerdo 078 de 1993, pues éstas no están relacionadas directamente con la estructura y funciones de la Secretaría de Tránsito y Transporte. Por estas circunstancias el recurrente solicita en forma subsidiaria que en caso de confirmarse la providencia, "no se haga extensiva en sus efectos a las funciones de transporte que desarrolla la Secretaría de Tránsito y Transporte".

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Resolución Nº 03846 de 11 de agoto de 1993 "Por la cual se fijan pautas para la creación, funcionamiento y reglamentación de los organismos de Tránsito y Transporte y se derogan las Resoluciones números 02444 de 28 de diciembre de 1989 y 04867 de 17 de noviembre de 1992", en su artículo 1o., dispone:

> "Previa a la creación del Organismo de Tránsito y Transporte, los municipios interesados deberán cumplir el siguiente procedimiento:
>
> "a.- Solicitar asesoría técnica al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito a efecto de establecer la estructura orgánica y funciones que debe cumplir.
>
> "b.- Elaborar un estudio de factibilidad que como mínimo debe contener:
>
> "– Área de influencia del municipio, teniendo en cuenta la existencia de otros Organismos de Tránsito de la región.
>
> "– Flujo vehicular.
>
> "– Parque automotor
>
> "– Presupuesto de funcionamiento que incluya los posibles ingresos generados.

"– Estructura administrativa y operativa.

"– Análisis del servicio público de transporte, urbano y suburbano periférico y veredal.

"– Evaluación de los requerimientos en sistematización.

"– Plan vial del municipio".

El Director General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor y el Subdirector de Tránsito y Seguridad Vial, certifican que la Secretaría de Tránsito y Transporte de Soacha, solicitó en escrito de enero 17 de 1995 Asesoría Técnica con el fin de dar cumplimiento a lo preceptuado en la Resolución 3846, y que, "en cuanto al segundo requisito el Municipio de Soacha no ha presentado el respectivo estudio de factibilidad, por lo que, a la fecha no existe acto administrativo alguno que lo clasifique y otorgue Código que lo habilite para prestar el servicio".

En el mismo informe, la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor agrega:

"En este orden de ideas la Secretaría de Tránsito y Transporte no puede adelantar funciones en materia de tránsito, hasta tanto no obtenga clasificación por parte del Ministerio de Transporte mediante providencia motivada, entre las que se encuentran las establecidas en el Acuerdo 012 de 1993 expedido por la Junta Directiva del IDATT Cundinamarca.

"Obrando con base en todo lo anterior, esta entidad no ha hecho entrega de papelería, especies venales ni demás documentos para el ejercicio de la funciones propias de un Organismo de Tránsito, por lo que no puede considerarse como autoridad única hasta tanto no esté debidamente clasificada ya que si el Organismo de Tránsito estuviera prestando el servicio previo cumplimiento de los requisitos legales, desplazaría a la Inspección de Tránsito Departamental, la cual debería transladarse a otro municipio.

"Por otra parte, la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor ha puesto en conocimiento de las autoridades competentes sobre los hechos ocurridos en el Municipio de Soacha, concretamente a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, con el fin de adoptar, los correctivos necesarios tendiente a normalizar la situación presentada por no dar cumplimiento a lo señalado en la Resolución No. 3846 de agosto 11 de 1993".

Mediante el documento público anterior se desprende que el Municipio de Saocha, previamente a la creación de la Secretaría de Tránsito y Transporte no solicitó asesoría técnica al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito a efectos de establecer la estructura

orgánica y funciones que debe cumplir, ni elaboró el estudio de factibilidad, exigidos en el artículo 1° de la Resolución No. 03846 de 1993.

De conformidad con el documento aludido, la solicitud de asesoría técnica solamente viene a formularse en enero 17 de 1995, mucho después de haberse creado el organismo y haberse establecido su estructura orgánica y sus funciones. Y, según el último considerando del Acuerdo 78 de 22 de diciembre de 1993, uno de los actos acusados éste, apenas reconoce que "se hace necesario contratar una consultoría con personal experto para que elabore el estudio de factibilidad para la creación de la Secretaría Municipal de Transporte y Tránsito, determine su estructura orgánica, sus manuales de funciones y procedimientos y asesore su puesta en marcha".

Lo anterior es suficiente para concluir que el Concejo Municipal de Saocha, mediante los Acuerdos acusados creó la Secretaría Municipal de Transporte y Tránsito, determinó su estructura orgánica, estableció sus objetivos y fijó sus funciones, sin el cumplimiento de los requisitos consagrados en el artículo 1o. de la Resolución 03846 de 1993, expedido por el INTRA.

La ostensible y manifiesta violación de la precitada norma no desaparece por haberse cumplido mediante los actos impugnados, si es que en gracia de discusión se acepta lo argumentado por el recurrente, con la descentralización administrativa y pretender fortalecerse la autonomía municipal, ya que la solicitud de la asesoría técnica y la presentación del estudio de factibilidad, son requisitos obligatorios y previos a la creación de la entidad aquí cuestionada. La obligatoriedad se deduce de los mismo términos del inciso 1° del artículo primero de la Resolución No. 03846 de 1993 donde aparece que "...los municipios interesados deberán cumplir el siguiente procedimiento...". (Subrayas de la Sala).

Ahora, si bien es cierto que según lo dispuesto en el artículo 313, numeral 6 de la Constitución Nacional, a los Concejos le corresponde, entre otras, la función de determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; la determinación de las pautas para la creación, funcionamiento y reglamentación de los organismos de Tránsito y Transportes y concretamente la exigencia de los requisitos previos a su creación, establecidos en la Resolución No. 03846, expedida por el INTRA, no resultan contrarios, o ilegales frente al ordenamiento constitucional, si se tiene en cuenta que la Ley 53 de 1989, faculta al INTRA para fijar las pautas "que debe sujetar la creación y funcionamiento de los organismos de transporte y/o tránsito"; y a su vez, de conformidad con lo reglado en el artículo 150 numeral 25, al Congreso le compete, a través de las leyes, entre otras, la función de "Unificar las normas sobre Policía de Tránsito en todo el territorio de la república".

Las anteriores consideraciones son suficientes, al parecer de la Sala, para confirmar el auto recurrido. Por ello, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera:

RESUELVE:

CONFIRMAR el auto apelado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 14 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

DECOMISO/DIRECCIÓN GENERAL DE ADUANAS/MANIFIESTO DE ADUANA/MANIFIESTO DE CARGA

Revisado el extenso texto del Reglamento General de Aduanas, se observa que no se encuentra absolutamente ninguna disposición en la que autorice que un viaje pueda llegar con dos "manifiestos" o que cada "guía" tenga su propio manifiesto. Coligiéndose de ello, que existe más bien una relación de género a especie entre el "manifiesto" y la "guía" respectivamente pues el primero, el "manifiesto", siempre debe contener la "guía" o "guías" que, de acuerdo con los diversos tipos de carga, expendedores y adquirentes figuren en los datos del viaje. Es insólito entonces, además del ilegal, que una nave a la llegada de un viaje con carga tenga un manifiesto para cada una de las guías. El requisito consagrado en las normas aduaneras de que debe existir un solo manifiesto no es, indudablemente sino una exigencia de la que se infiere una política, no sólo pragmática, sino de más eficiente servicio al usuario. Por otra parte, resulta más práctico que cada bulto o manifiesto que lo respalda y la única forma y la más usual, es la marca o etiqueta que se les adhiere. De ahí que los paquetes o piezas que se encuentran a la deriva, que no tienen nexos visibles con las guías que aparecen en el manifiesto, que no estén vinculadas a un nombre, a una firma comercial responsable, es atribución de la administración el recogerlos.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3300. Autoridades Nacionales. Actor: MUÑOZ OCAMPO & CÍA. LTDA.

Entra la Sala a decir el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, contra la sentencia de 12 de octubre de 1994 proferida por el Tribunal Administrativo del valle del Cauca, en juicio de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado contra las Resoluciones 000090 y 000022 de 1993, expedidas por la misma Dirección de Aduanas Nacionales.

ANTECEDENTES

En acción incoada ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con fundamento en el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo, la compañía de la referencia demandó la nulidad de las Resoluciones reseñadas y solicitó, a manera de restablecimiento del derecho, "restablecer a la firma MUÑOZ OCAMPO Y COMPAÑÍA LTDA., en su derecho, reintegrar los bienes decomisados mediante las Resoluciones No. 000090 de enero 27/ 93 y 000022 de mayo 28 / 93 y resarcir los daños causados en los términos y condiciones determinados por ese Honorable Tribunal". Solicita igualmente, reconocimiento de intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia.

La Resolución 000090 de 1993 expedida por el Administrador de la Aduana Interna de Cali, resuelve en su artículo primero "permitir la continuación del trámite aduanero normal de la mercancía relacionada en el Manifiesto de Carta No. 6000 que relaciona la guía aérea 022-10523 a nombre de INVERSIONES J.R. MEDELLÍN COLOMBIA, y una vez cancelados los tribunales aduaneros permitir el levante en perjuicio de la existencia de impedimento distinto al aquí resuelto". Y, en el artículo segundo: "Decomisar la mercancía consignada a MUÑOZ OCAMPO Y CÍA. LTDA. consistente en 671 bultos de 10.703 kilos, relacionada en al parte motiva de esta Resolución, por la razones antes expuestas".

La extensa parte motiva de la resolución acusada, concluye en estos términos:

> "Al establecer el despacho que la mercancía relacionada en la Guía Aérea 022-10523 perteneciente al Manifiesto No. 6000 consignada a INVERSIONES J.R. MEDELLÍN COLOMBIA fue legalmente ingresada a territorio nacional es de derecho proceder a permitir al interesado su nacionalización si no existe algún otro impedimento distinto al aquí resuelto. Es igualmente viable proceder al decomiso de la mercancía relacionada en la guía 022-59715 de GIRAS LTDA, perteneciente al Manifiesto 6000 consignada a MUÑOZ OCAMPO Y CÍA. LTDA. MEDELLÍN COLOMBIA".

La Resolución número 000022 del mismo año, expedida por al señora jefe de la División Jurídica de la Administración de la Aduana de Cali, confirmada en todas sus partes la Resolución No. 090 de enero 27 de 1993.

LA SENTENCIA APELADA

En providencia del 12 de octubre de 1994, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, falló el proceso en primera así:

> "1o. DECLARAR LA NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES 000090 de enero 27 y la No. 00022 de mayo 28/93 mediante las cuáles se ordeno el decomiso de una mercancía de propiedad de la firma MUÑOZ OCAMPO Y CÍA. LTDA.
>
> "2o. Como consecuencia de la declaración anterior, ordena a la DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES LTDA. UAE, reintegrar a la firma MUÑOZ OCAMPO Y COMPAÑÍA LTDA. Los bienes decomisados mediante las resoluciones No. 000090 de enero 27 de 1993 y 000022 de mayo 28 de 1993.
>
> "3o. NEGAR las demás pretensiones".

El *a-quo,* después de analizar los hechos de la demanda, llegó a la decisión transcrita razonando, en esencia, de la siguiente manera:

> "En casos de autos, la mercancía incautada venía relacionada en el manifiesto de Aduana que fue presentado inicialmente y en forma oportuna ante las autoridades aduaneras y luego desechado en circunstancias que como ya se vieron dieron lugar para presumir con base en indicios el posible engaño del cual iba a ser objeto la Administración. No se encuentra que ese hecho generador se presente en forma clara y precisa, antes bien, de conformidad con los elementos que conforma el informativo, las precisiones administrativas se fundaron en hechos no plenamente probados y se afirma lo anterior, porque para la Sala no aparece el hecho indicador y recto comprobado del cual se pueda inferir una manera lógica de otros hechos".

Se hace referencia luego en la sentencia a los tratadistas Dellepiane y Devis Echandia sobre los indicios y su valor probatorio, para llegar a las siguientes conclusiones:

> "Los hechos indicadores anteriores dichos como fundamento de los actos enjuiciados, para la Sala no constituyen un todo o una cadena que parta de un hecho comprobado, que permite concluir con certeza la existencia de los elementos necesarios para la procedencia del decomiso de la mercancía tal como lo exige el art. 4 del Decreto 1105 de 1992.
>
> "Por lo tanto, la Sala anulará los actos enjuiciados y ordenará la devolución de la mercancía decomisada.
>
> "En cuanto al resarcimiento de los daños, no se accederá a esta petición por cuanto no fueron demostrados en el proceso".

EL RECURSO INTERPUESTO

El señor apoderado especial de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– Administración local de Impuestos y Aduanas Nacionales de Cali, presentó escrito en el

que, al interponer el recurso de apelación contra al sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso de la referencia, solicitando sea revocada, expresa:

> "Discrepo en forma respetuosa de la sentencia que ahora recurre al considerar que el fallador de primera instancia no valoró y le dio el suficiente peso probatorio, a los diferentes medios de pruebas –no solo indicios– que formando parte del expediente administrativo, llevó a la Administración a proferir los actos administrativos que finalizaron con la declaratoria de decomiso para las mercancías aprehendidas".

Señala el apelante que en el fallo se reconoció la existencia de dos manifiestos de carga, lo cual viola normas aduaneras y que, al estar demostrado en el proceso la existencia de esos dos manifiestos, era lógico que las autoridades aduaneras procedieran a la aprehensión de las mercancías que presuntamente estaban amparados con uno de los manifiestos exhibidos. Aduce que el Decreto 2666 de 1984 en su artículo 43 sobre recepción de mercancías, modificado por el Decreto 255 de 1990, en su artículo 13 dispone. "La recepción de la mercancías se hará con base en el manifiesto o sobordo y en la presencia del transportista o de su representante. El funcionario aduanero competente anotará las marcas y números que aparezcan en los embalajes, verificará su peso cuando sea posible y la cantidad de piezas o bultos en el momento en lugar de su entrega...".

Cita el recurrente otras normas legales para sustentar su afirmación de que el manifiesto debe ser único por cada vuelo o viaje y señala como pieza fundamental el informe escrito presentado por la Subdirección de Investigaciones Aduaneras de la ciudad de Santa Fe de Bogotá en el que, de una manera clara, se describe lo sucedido en el Aeropuerto de Rionegro y la existencia de los dos manifiestos de carga y la razón por la cual dicha mercancía fue aprehendida, documento que debe ser estimado en todo su valor.

ADHESIÓN AL RECURSO

La señora apoderada de la Sociedad MUÑOZ OCAMPO Y CÍA. LTDA., en memorial obrante a folios 303 y siguientes del expediente, manifiesta que adhiere al recurso de apelación interpuesto, de conformidad con el artículo 353 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el 172 del Código Contencioso Administrativo y 311 del Código de P.C. y el 267 del C.C.A.

En concordancia con las normas citadas y con la transcripción de varios apartes jurisprudenciales, la memorialista solicita que se confirme la sentencia, que se acepte la adhesión a la apelación y que, en consecuencia se declare adicionalmente la responsabilidad de la Nación –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales– y, por ende, el pago de los perjuicios, frutos, intereses y daños ocasionados a su mandante, por sus actuaciones irregulares. A los fundamentos de esta petición habrá de hacerse referencia en lo que fuere pertinente, en las consideraciones de esta providencia previas a la decisión.

ALEGATOS CONCLUSIVOS

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Al correrse el traslado para alegar en conclusión, se hizo presente en el proceso la señora apoderada de la Nación –Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales– quien, en una metódica exposición, hace la defensa de los actos de la administración enjuiciados en este proceso para concluir que, tanto el acto administrativo que ordenó el decomiso de la mercancía, como el que confirmó dicha medida, se ajustaron a las prescripciones legales vigentes y por lo tanto merecen ser confirmados por esta Corporación al acceder a revocar la sentencia de primera instancia. Por lo demás, reitera los planteamientos hechos ante el Tribunal en la primera instancia.

Por su parte, el señor Procurador Octavo Delgado ante el Consejo de Estado, al corrérsele traslado para alegar por parte del señor Consejero que instruía el proceso en la sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, observó que la contención no versaba sobre ninguno de los procesos cuyo conocimiento, según el Acuerdo No. 039 de 1990 del Consejo de Estado, están atribuidos a la Sección Cuarta de la Corporación.

Consiguientemente, al asumir la Sección Primera el conocimiento del asunto, corrió de nuevo traslado a la Procuraduría a fin de escuchar su concepto, pero la Procuradora, según informe secretarial visible a folio 7 del cuaderno 2, no hizo manifestación alguna.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Por los razonamientos de la sentencia recurrida, se tiene que la norma superior que el *a-quo* encontró violada con el acto demandado, fue el artículo 4o. del Decreto 1105 de 1992, según el cual "...cuando la empresa transportadora no presente la mercancía se aprehenderá de inmediato para proceder a declarar su decomiso".

Según la providencia del Tribunal, los hechos indiciarios que constituyen fundamento de la Resolución acusada, no forman una cadena que parta de un hecho comprobado que lleve a la certeza de que existe los elementos necesarios para que proceda el decomiso de la mercancía.

Para la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, entidad apelante, no es cierto que se hubieran tenido en cuenta, como única prueba de la Administración para expedir el acto acusado, "algunos indicios" como lo asume la sentencia No. 70 de octubre de 1994.

Toma nota el recurrente del reconocimiento que se hace en la misma providencia de la existencia de dos manifiestos de carga situación que, al violar claras disposiciones vigentes y aplicables como son el decreto 2666 de 1984 artículo 43 sobre recepción de mercancías, modificado por el Decreto 255 de 1990 artículo 13; el artículo 29 del mismo Decreto 2666, modificado por el artículo 12 del Decreto 255 de 1990; y la Resolución No. 3083 de julio 27 de 1990, por la cual se reglamenta el ingreso y recepción de medios

de transporte, mercancías y despacho para consumo, comporta las sanciones que fueron impuestas por la administración en aplicación del artículo 4° del Decreto 1105 de 1992, cuyo texto se cita al comienzo de este capítulo.

El artículo 43 del Decreto 2666 de 1984, modificado por el artículo 13 del Decreto 255 de 1990, dice:

> "La recepción de las mercancías se hará con base en el manifiesto o sobordo y en presencia del transportista o de su representante ..." (subrayas de la sala).

A su vez el artículo 29 del mismo Decreto, modificado por el artículo 12 del Decreto también aludido, expresa:

> "Inmediatamente después de la llegada del medio de transporte, el transportista deberá presentar a la autoridad aduanera competente el manifiesto de carga y demás documentación que se señala al efecto" (subrayas de la Sala).

Estipulada además, en forma precisa el Reglamento General de Aduanas o Resolución número 3083 de 1990 en los numerales 3.2 y 3.8:

> "3.2. **Visita al Medio de Transporte.** En la actuación de funcionarios de la Aduana, mediante la cual se inspecciona el medio de transporte, se recibe el Manifiesto único de carga, la lista de equipajes y efectos personales de viajeros y tripulantes y se sellan aquellos lugares que contengan mercancías de abordo susceptibles de ser ingresadas ilegalmente al consumo. El Administrador y a quien corresponda, designará los funcionarios que diariamente deberán recibir las naves y sus documentos, quienes sellarán y firmarán los ejemplares para la Aduana y el que quedará en poder del transportista. En el sello se indicará el total de conocimientos de Embarque y bultos que incluye el Manifiesto, la fecha de su recepción y la cantidad de hojas que comprende.
>
> "La fecha de recepción del Manifiesto se tendrá como fecha de llegada de la mercancía, para todos los efectos legales" (subrayas de la Sala.)
>
> "3.8. El sistema asignará automáticamente el número de Manifiesto único por cada vuelo o viaje; el funcionario consignará dicho número en el cuerpo de los documentos y además foliará y firmará todas las hojas que lo componen.
>
> "Para las Aduanas con procesos manuales, el funcionario numerará el conjunto de documentos con un número de Manifiesto por cada vuelo o viaje y además forrará cada una de las hojas componentes del mismo; de tal forma que cada hoja contendrá además del número del Manifiesto el número de folio".

Conviene también aclarar las resultas de este proveído decisorio y teniendo en cuenta las confusas y contradictorias opiniones que se ventilan a lo largo del expediente, tanto la diferencia como la relación existente entre los términos "manifiesto" y "guía",

documentos ambos que hacen parte esencial en los trámites para el recibo del medio de transporte y que deben ser examinados por la Comisión de Visita en la autorización del desembarque y en las disposiciones que se tomen sobre la carga y los productos transportados.

Previamente, habrá de precisarse que, según el Reglamento General de Aduanas se entiende por "bulto" toda unidad independiente de mercancía o todo fardo, baúl, caja, maleta, etc. Que la contenga, presentada a la Aduana para ser sometida a su control.

Según el mismo Reglamento, se entiende por "guía", también llamado "conocimiento de embarque", el documento que el transportador expide como certificación de que ha tomado a su cargo la mercancía para entregarla, a la presentación del mismo en el punto de destino, a quien figure como consignatario de ésta, o a quien lo haya adquirido por endoso, como constancia del flete convenido y demás efectos pertinentes.

Por "manifiesto" se entiende "el documento o relación escrita que contiene todos los bultos que comprende la carga a bordo del vehículo o medio de transporte, y que van a ser descargados en ese puerto, excepto los efectos correspondientes a pasajeros y tripulantes y que el capitán o conductor de dicho medio debe presentar con su firma a la autoridad aduanera. Debe relacionar todos los conocimientos de embarque, guías aéreas o terrestres, o cartas de porte según corresponde a los diferentes medios de transporte" (la subraya es de la Sala).

Ahora bien , habiéndose ya precisado con fundamento en las normas aduaneras vigentes, que el "manifiesto" debe ser único por cada vuelo o viaje, según los numerales 3. 2 y 3. 8 de la Resolución 3083 que contiene el Reglamento General de Aduanas, es dable destacar lo que ya la Sala subrayó en la definición transcrita, esto es, que las "guías" o "conocimientos" deben estar "todos" relacionados con el manifiesto único.

Es lógica entonces la disposición contenida en el numeral 3.7 *ibídem.* Según la cual, el encargado de la recepción deberá llevar los ejemplares del manifiesto y demás documentos recibidos hasta la Oficina Receptora y Remisora de Carga para que éste se numere y se lleve en dicha oficina un registro del numero y fecha del manifiesto y los datos que le son inherentes tales como la cantidad de conocimientos o guías , matrícula, número o nombre de la nave, número de viaje o vuelo, procedencia y destino.

Revisado el extenso texto de Reglamento General de Aduanas, se observa que no se encuentra absolutamente ninguna disposición en la que se autorice que un viaje pueda llegar con dos "manifiestos" o que cada "guía" tenga su propio manifiesto. Coligiéndose de ello, que existe más bien una relación de género a especie entre el " manifiesto" y la "guía" respectivamente pues el primero, el "manifiesto", siempre debe contener la "guía" o "guías" que, de acuerdo con los diversos tipos de carga, expendedores y adquirentes figuren en los datos del viaje. Es insólito entonces, además de ilegal, que una nave a al llegada de un viaje con carga tenga un manifiesto para cada una de las guías .

El requisito consagrado en las normas aduaneras de que debe existir un solo manifiesto no es, indudablemente, un capricho infundado de la Administración, sino una exigencia de la que se infiere una política no solo pragmática, sino de más eficiente servicio al asuario.

Es fácil entender que al relacionarse en el manifiesto único todas las guías aéreas o terrestres, se está garantizando, como bien lo expresa la señora apoderada de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, que toda la carga transportada se encuentre cobijada por contrato de transporte, lo que excluye la posibilidad de que se presenten sobrantes no identificables en relación con su titularidad, Esto implica una indudable seguridad a los comerciantes, tanto importadores como exportadores puesto que el material enviado será consignado en su totalidad al destinatario.

Por otra parte, resulta más práctico que cada bulto o paquete esté vinculado, con signos visibles, a la guía o manifiesto que lo respalda y la única forma y la más usual , es la marca o etiqueta que se le adhiere. De ahí que los paquetes o piezas que se encuentren a la deriva, que no tienen nexos visibles con las guías que aparecen en el manifiesto, que no estén vinculadas a un nombre, a una firma comercial responsable, es atribución de la administración el recogerlos.

Asiste la razón, por consiguiente a la apoderada judicial de la DIAN cuando afirma que "La Administración Aduanera, por las funciones de inspección que le ordena la ley cumplir, al momento de arribo de un medio de transporte de procedencia extranjera, debe verificar que la totalidad de la mecánica transportada, venga identificada plenamente en el manifiesto de carga, pues de no estar identificada, significa que no está amparada en los documentos y por consiguiente no declarada, procediendo en consecuencia la aprehensión tal y como en su momento lo hizo la Administración".

En el caso de que se está examinando no se requieren demasiadas pesquisas ni elaborar análisis de indicios y pruebas para verificar, como ya lo aceptó la providencia recurrida, que en el vuelo No. 307/745 de la nave HK 3530 perteneciente a líneas Aéreas Suramericanas Ltda., llegado a la ciudad de Medellín el día 4 de agosto de 1992, se presentaron dos manifiestos. Tangible e indiscutible prueba de lo dicho, se encuentra en el Anexo número 1 del expediente, a folios 209, 210, 211 y 212 en los que aparecen las dos guías tantas veces mencionadas, esto es, la número 022-59715 que ampara 671 bultos en un manifiesto y la número 022-10523 que ampara bultos, en otro manifiesto, con características realmente diversas en su elaboración, circunstancia que no es relevante para la decisión a tomar en esta segunda instancia puesto que, con la sola existencia de los dos manifiestos, se está demostrando el quebranto de las normas ya enunciadas y el ajuste a derecho de las resoluciones acusadas. Baste anotar que es inobjetable la falla que la Administración, en la principal de las Resoluciones acusadas le atribuye a los 671 bultos decomisados, en los cuales se omitió relacionarlos con guía alguna, en contraposición a las 12 piezas relacionadas en la guía 10523 y las cuales, según consta en el expediente, sí venían rotuladas con el número de dicha guía.

Si el manifiesto como ya se demostró, debe ser único, era de esperarse que fuera en ese mismo manifiesto en el que se hiciera la relación de la mercancía distinta a esos doce bultos, por el carácter indivisible del documento.

Era entonces ese documento, en el que se hace relación de la "guía" 22-10523, el manifiesto que se debe considerar como el único válido para acreditar toda la mercancía que venia en el vuelo de la referencia?. Todos los indicios indican que así es, por lo que seguidamente se relieva:

1o.- El manifiesto visible a folio 209, anexo número 1o. del expediente, relaciona una sola guía identificada con el número 22-10523 y acredita 12 bultos que contienen "textiles", con destino a "Inversiones J.R., Medellín, Colombia".

2o.- La guía en mención, cuya copia auténtica consta a folio 210, aparece como proveniente del aeropuerto internacional de Tocumeny, efectivamente, el papel lleva el membrete de la empresa "GIRAG Panamá S.A.", además de una firma autógrafa y las huellas de un sello en el renglón correspondiente a "Signature of Issuing Carrier or its Agent".

3o.- Otro manifiesto, supuestamente perteneciente al mismo vuelo, registrado con el número 6.000 que es el mismo número del anterior, relaciona la guía aérea 022-59715. En él se acreditan 671 bultos, aunque ninguno de estos, como bien lo confirma la apoderada de la demandante, está marcado con dicho número (folio 143).

La copia de esta guía acompaña el segundo manifiesto, lleva un membrete de "GIRAG LTDA." y no lleva ninguna firma ni sello en el renglón correspondiente a "Signature of Issuing Carrier or its Agent", sino un nombre mecanografiado. Dice contener electrodomésticos y mercancía general.

No obstante las explicaciones dadas por la señora apoderada de la actora en respuesta a los cargos imputados a su mandante, para la Sala no queda clara la razón que justifique la utilización de papelería de una firma Colombiana, como lo es Girag ltda., según lo afirma la misma señora apoderada en el memorial aludido (folio 350, anexo 2), para una exportación panameña. El documento se hace más cuestionable aún, si se tiene en cuenta que la copia que se adhiere al segundo manifiesto, como ya se dijo, no tiene firma mientras que la copia amarilla que aporta la señora apoderada para el recurso de reconsideración, aparece con una firma autenticada en panamá el 17 de febrero de 1993, esto es, seis meses después de la elaboración del documento.

Por otra parte, los graves cargos que se hacen en el informe final sobre la retención de la mercancía en el aeropuerto "José María Córdoba" en relación con este segundo manifiesto "Elaborado en las instalaciones del aeropuerto", no fueron desvirtuadas por el accionante.

En efecto dicen los especialistas da la Subdirección de Investigación Aduaneras, que pretendiendo legalizarse la mercancía con el nuevo manifiesto, por los 671 bultos, se

escondió el de los 12 bultos, el que "apareció" dos horas después cuando los funcionarios investigadores pusieron de presente la no relación de estas 12 piezas en el manifiesto presentado inicialmente (folio 79, anexo 1°).

El informe también hace hincapié en la estrategia del transportista que "pretendió confundir a los funcionarios de Investigaciones Aduaneras, un oficio en el cual se anunciaba que unas guías, y dentro de estas la No. 022-59715, habían sido remitidas a panamá; aspecto este que como ya se trató riñe con las normas, usos, practicas y costumbres comerciales, como es el que una compañía GIRG LTDA con sede en COLOMBIA preste su documentación a otra compañía GIRG PANAMÁ S.A. con sede en PANAMÁ para que elabore sus contratos de transporte y carga":

Es entonces lógico que todas estas irregularidades llaven a la Sala al convencimiento de haberse incumplido con las formalidades que están prescritas para el arribo de los medios de transporte y la recepción de la carga y de, como lo señala el susodicho informe, se trató de llevar a engaño a la Autoridad Aduanera al presentarse un manifiesto en el que se pretendía cubrir la mercancía proveniente de Panamá, la cual no estaba relacionada en el manifiesto original, es decir, el que relaciona la guía 022-10523, el cual es, a todas, el manifiesto verdadero.

Es esta entonces la explicación de la existencia de dos manifiestos de carga, dualidad que, como ya se dijo, contradice claras normas superiores y que da lugar, como en efecto se hace con los actos demandados, a la aplicación del artículo 4° de Decreto 1105 de 1992, según el cual, la carga debe estar relacionada en el "Manifiesto de carga" y, de hallarse mercancía no relacionada en él, "se aprehenderá de inmediato para proceder a declarar su decomiso".

Así pues, no es de recibo la insistencia de la señora apoderada de la demandante cuando en su memorial presentado en esta segunda instancia sigue afirmando que el manifiesto constaba de dos folios mientras que en las pruebas auténticas aportadas al expediente aparecen dos manifiestos y dos guías, es decir, cuatro folios. Es lógico además conjeturar que si la accionante califica con términos de admiración la providencia del Tribunal, tales como "la contundencia de la acertada decisión proferida", "el argumento razonablemente jurídico", "la honorable Corporación está amparando, en forma que reiteremos por demás acertada, la vigencia de la competencia de los altos tribunales de hacer cumplir la Constitución y las Leyes...", señalando además el fallo de *a-quo* como magistral y atribuyéndole además la virtud de amparar "no solamente la existencia y vigencia de la juridicidad, sino también los inumerables fallos y jurisprudencias proferidas por el Consejo de Estado..." (folio 310), habrá que deducir que se debe aceptar con igual énfasis el reconocimiento que se hace en el fallo de la existencia de los dos manifiestos, existencia que, como ya se dijo, quebranta claras normas superiores como los numerales 3.1, 3.2, 3.6, 3.7 y 3.8 de la Resolución número 3083 de 1990 y, a *fortiori*, el mismo artículo 4o. del Decreto 1105 de 1992 en el que el Tribunal fundamenta extrañamente su fallo pues es de suponerse, como lo ordenan los cánones tantas veces citados, que en un solo manifiesto debía estar relacionada toda la mercancía.

Es esto en resumen, lo esencial de la controversia: una irregularidad manifiesta, percibida en el ingreso y recepción de la mercancía, la consiguiente violación de normas positivas prescritas en la Resolución número 3083 de 1990 expedida por la Dirección General de Aduanas y un acto administrativo que con fundamento cierto en la disposición legal, el Decreto 1105 de 1992, toma las medidas correspondientes.

Las demás circunstancias a notadas en la demanda, en los actos acusados y en la misma sentencia, son situaciones que pueden dar lugar, a investigaciones sobre los responsables de los hechos aviesos que allí se presumen. Pero, en sede administrativa, es diáfana e incontrovertible la transgresión que dio origen a los actos acusados.

Es de anotarse además, a propósito del fallo apelado, que el *a-quo* omitió el cumplimiento de algunos requisitos que para la sentencias exige el artículo 170 del C.C.A., tales como el análisis de las normas jurídicas pertinentes, y los argumentos de las partes, conduciendo su análisis entre elementos distractivos de carácter probatorio que impidieron la expedición de una decisión fundamentada en las taxativas del Código Contencioso Administrativo.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

FALLA:

REVÓCASE la sentencia apelada y en su lugar, DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

CONDÉNASE a la parte actora a pagar las costas de ambas instancias. Liquídense por las respectivas Secretarías (art. 392-4 del C. de P. C.).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y en firme, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 14 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

REGISTRO DE MARCA-Improcedencia/**TUTTI FRUTTI/NOMBRE GENÉRICO**

Está demostrado dentro del proceso que la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó alrradamente el artículo 58 literal c) de la Decisión 86 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, habida cuenta que si la expresión "TUTTI FRUTTI" envuelve el concepto de frutas y dentro de la clase 31 se comprenden, entre otros productos, las frutas, tal vocablo constituye un término genérico que no puede sustraerse en relación directa y concreta del producto y servicio de que se trata.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 2598 Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actora: CONCENTRADOS Y JUGOS DE FRUTAS TUTTI FRUTTI S.A.

La sociedad CONCENTRADOS Y JUGOS DE FRUTAS TUTTI FRUTTI S.A. a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., ha ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

1a): Es nula la Resolución No. 387 de 26 de marzo de 1993 "Por la cual se resuelve un recurso de apelación", expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.

2a): Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se ordene a la Superintendencia de Industria y Comercio otorgar a nombre de

la sociedad actora el registro de la marca TUTTI FRUTTI para distinguir productos comprendidos en la clase 31 de la nomenclatura internacional, adoptada para Colombia mediante el Decreto No. 755 de 1972.

I.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo de sus pretensiones la actora adujo la violación del artículo 58 literal c) de la Decisión 85, de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, la cual hizo consistir así:

La Superintendencia de Industria y Comercio aplicó en forma errada lo dispuesto en la norma antes mencionada, por las siguientes razones:

En la clase 31, se encuentran incluidas "las frutas y verduras frescas" y no el "salpicón" o "mezcla de trozos de diferentes frutas en su propio jugo o en otros líquidos que se usa como bebida o refresco", ni los helados de frutas. Al no estar incluidos en la clase 31 los helados de varias frutas ni el salpicón, las voces TUTTI-FRUTTI no son genéricas para distinguir todos o algunos productos de dicha clase.

Término genérico, lo ha repetido la doctrina y la jurisprudencia, es aquel que corresponde a la especie o género del producto de que se trate. TUTTI FRUTTI no es genérica para animales o productos agrícolas o cualquier otro producto de la clase 31.

La prohibición de registro de signos como marcas, por tratarse de una norma de excepción, es de interpretación restrictiva, y, en consecuencia, no se puede interpretar en forma extensiva.

Para que el signo sea registrable como marca no se requiere que la voz haya sido acuñada o creada especialmente para servir de marca. Al lado de las expresiones acuñadas (verbigracia KODAK), existen palabras tomadas de las lenguas vivas o muertas (verbigracia LA ROSA) y otras que sugieren algunas ventajas de los productos como LIBERTAD para vendajes que califican válidamente como marcas.

II-. TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1.1.- La Nación –Superintendencia de Industria y Comercio– al contestar la demanda, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de la pretensiones de la misma aduciendo al efecto, en esencia, lo siguiente:

1o): Según se desprende del concepto emitido por la Academia Colombiana de la Lengua el 20 de agosto de 1991, obrante a folio 26 del expediente No. 278701, el término TUTTI FRUTTI en Colombia se aplica a un salpicón, o sea, mezcla de trozos de diferentes frutas, en su propio jugo o en otro líquido, que se usa como bebida o refresco.

Habida cuenta que la sociedad peticionaria solicitó el registro de la marca TUTTI FRUTTI para los productos comprendidos en la clase 31, es forzoso concluir que el registro de dicha marca pretendió amparar todos los productos comprendidos en esta clase, dentro de los cuales se encuentran las frutas, lo queconllevó a su irregistrabilidad, a la luz de lo preceptuado enel artículo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena y conforme a la sentencia prejudicial de 19 de octubre de 1989, proferida por el Tribunal Andino de Justicia.

2o): Si la solicitante hubiera excluido las frutas de los productos de la clase 31 que pretendía distinguir, ello habríasido viable para obtener el consabido registro marcario.

La expresión. TUTTI FRUTTI se ha convertido en un términoconocido y empleado por el público y el comercio para designar helados y frutas, productos comprendidos dentro de las clases 30 y 31, y respecto de los mismos dicha expresión carece de distintividad, por lo cual no puede ser adoptada como marca.

III-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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 denieguen las súplicas de la demanda por cuanto considera que la expresión TUTTI FRUTTI, es un vocablo utilizado en todo el territorio nacional y en Italiapara denominar un alimento con determinadas características,luego conceder la marca de dicha denominación sería como otorgar el uso exclusivo de un término genérico, que es precisamente lo que prohíbe el literal c) del artículo 58 de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El acto acusado revocó la Resolución No. 1479 de 20 de marzo de 1992, expedida por el Jefe de la División de Propiedad Industrial de la Superintendencia de Industria y Comercio, que había declarado infundada la oposición formulada por el doctor Marco Tulio Ruiz Luján en el trámite de la solicitud del registro de la marca TUTTI FRUTTI, para distinguir productos de la clase 31 del artículo 2o. del Decreto No. 755 de 1972, y, en consecuencia, había concedido dicho registro en favor de lasociedad actora y dispuso, en su lugar, la denegatoria del registro de dicha marca.

Parte la sociedad actora de la premisa de que el acto acusadoes violatorio del artículo 58 literal c) de la Decisión 85 dela Comisión del Acuerdo de Cartagena ya que, a su juicio, la Superintendencia de Industria y Comercio aplicó erradamente esta disposición al considerar que la marca en cuestión es genéricapara distinguir productos de la clase 31.

En orden a dirimir la controversia, la Sala tiene en cuenta lo siguiente:

Dispone el artículo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena:

"No podrán ser objeto de registro como marcas:

... c) las denominaciones descriptivas o genéricas, en cualquier idioma y los signos que puedan servir para designar la especie, la calidad, la cantidad, el destino, el valor, o la época de la producción de los productos o de la prestación de servicios;".

En relación con esta disposición el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, en la interpretación que se le solicitó con ocasión del presente proceso, concluyó, entre otros aspectos, lo siguiente (folio 153):

"... La genericidad de una denominación o el carácter descriptivo de la misma, que impide que ella pueda ser objeto de registro como marca, de conformidad con los artículos 58, literal c) de la Decisión 85 y 72, literal d) de la Decisión 313 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, debe ser entendida y aplicada en su relación directa y concreta con el producto y servicio de que se trate, según la clasificación del nomenclator correspondiente –incluidas sus notas explicativas– y no tan solo desde el punto de vista gramatical..."

La Superintendencia de Industria y Comercio para denegar el registro de la marca TUTTI FRUTTI tuvo en cuenta el concepto de 20 de agosto de 1991, emanado de la Academia Colombiana de la Lengua, que transcribió en el acto acusado, según el cual "...la expresión "TUTTI FRUTTI" es un término de gastronomía con que se denomina un helado con toda clase de frutas. Como es un término muy usado en español con el significado que acaba de citarse, la Real Academia comienza a admitirlo, y en su Diccionario Manual aparece registrado así: "tuttifrutti" (vozitaliana) m. helado de varias frutas. También es conveniente advertir que en Colombia ese término se aplica a un salpicón, o sea, mezcla de trozos de diferentes frutas, en su propio jugo o en otro líquido, que se usa como bebida o refresco" (folio 3).

La clase 31 para la cual se solicitó el registro de la marca TUTTI FRUTTI comprende los productos agrícolas, hortícolas, forestales, animales vivos, frutas y verduras frescas, etc.

Conforme al dictamen pericial que se ordenó practicar en este proceso, a solicitud de la sociedad actora, que no fue objetado y se encuentra debidamente fundamentado, motivo por el cual es digno de ser tenido en cuenta, la expresión "TUTTI FRUTTI" es genérica dentro de los productos comprendidos en la clase 31 de la momenclatura internacional, exclusivamente para aquellas especies que integran las frutas y sus respectivas variedades (folio 110).

De lo precedente, concluye la Sala, que no están llamadas a prosperar las súplicas de la demanda ya que está demostrado dentro del proceso que la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó erradamente el articulo 58 literal c) de la Decisión 85 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, habida cuenta que si la expresión "TUTTI FRUTTI" envuelve el concepto de frutas y dentro de la clase 31 se comprenden, entre otros productos, las frutas, tal vocablo constituye un término genérico que no puede

sustraerse en su relación directa yconcreta del producto y servicio de que se trata, según la clasificáción del nomenclator al que corresponde, que lo haceincurso, por lo mismo, en la causal de irregistrabilidad.

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:

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase a la actora la suma depositada para gastos delproceso por no haber sido utilizada.

CONDÉNASE en costas a la sociedad actora. Tásense por Secretaría.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

DIRECCIÓN NACIONAL DE ESTUPEFACIENTES/ACTO ILÍCITO-Narcotráfico/**ARRENDATARIA/DEPÓSITO PROVISIONAL/BIEN INMUEBLE/DECOMISO DE BIENES/DERECHO LÍCITO-**Demostración/**RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO**

Del contenido del artículo 47 de la Ley 30 de 1986 se infiere que antes de resolver la entidad sobre la destinación provisional del bien debe informar a los interesados para que tengan la oportunidad de demostrar que poseen un derecho lícito sobre el mismo para así poder obtener preferentemente su depósito en forma provisional o bajo cualquier título no traslaticio del dominio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera.- Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ.

Referencia: Expediente No. 3256. Acción: Nulidad y restablecimiento del derecho. Actores: WILLIAM MERCADO ESCALANTE Y OTROS.

Los señores **WILLIAM, IVÁN y PATRICIA MERCADO ESCALANTE,** a través de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., han ocurrido ante esta Corporación a fin de que mediante sentencia se hagan las siguientes declaraciones:

2a): Son nulas las Resoluciones Nos. 0278 de 2 de marzo de 1994 **"POR MEDIO DE LA CUAL SE DESTINA PROVISIONALMENTE UN BIEN"** y 1955 de 11 de

noviembre del mismo año **"Por medio de la cual se resuelve un recurso"**, expedidas por el Director Nacional de Estupefacientes.

2a): Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la Dirección Nacional de Estupefacientes que ponga a disposición de los actores, sin restricción alguna, el inmueble a que se refieren los actos acusados y se decrete además la cancelación de la inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-0068852 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena.

3a): En subsidio, se deje el inmueble en depósito a cargo de los propietarios, conjuntamente, o de alguno de ellos.

I-. FUNDAMENTOS DE DERECHO:

En apoyo de sus pretensiones los actores adujeron en síntesis, los siguientes cargos de violación:

1o): Se violaron los artículos 47 de la Ley 30 de 1986 y 29 de la Constitución Política porque la Dirección Nacional de Estupefacientes no hizo diligencia alguna para establecer información sobre el titular del inmueble de suerte que en forma arbitraria, sin conocimiento de los propietarios, se determinó la destinación del inmueble, negándole oportunidad a los interesados para el ejercicio de su derecho.

La destinación en depósito de un inmueble a cualquier entidad autorizada por la ley no deja de ser una condena, una sanción, puesto que afecta el patrimonio de una persona ya que pone el bien fuera del comercio, aparte de que impide al propietario su disfrute, y una sanción de tal naturaleza no se le puede imponer a una persona sin que previamente se le haya dado aviso de lo que le pueda pasar.

2o): Se violó el artículo 55 del Decreto No. 2790 de 1990 porque conforme a esta norma solamente aquellos inmuebles que aparezcan vinculados directa o indirectamente con el ilícito podrán ser objeto de destinación provisional: Luego la Dirección Nacional de Estupefacientes no puede hacer esa destinación antes de que el juez haga la calificación. Si lo hace, su decisión está contaminada de prejuzgamiento, lo cual trae aparejado privar a un ciudadano, a quien no se le ha oído porque no se le ha sindicado de nada, del disfrute de un bien legítimamente adquirido.

3o): Se violó el artículo 20 de la Constitución Política porque la Dirección Nacional de Estupefacientes impone una sanción a personas a quienes la investigación penal no ha formulado cargos en su contra.

4o): Se violó el artículo 34 *ibídem* porque el acto acusado es en cierta forma una medida confiscatoria.

5o): Se violaron también los artículos 2o. inciso 2o., 15 y 42 inciso 2o. *ibídem* porque en este caso no sólo no han sido protegidos ni respetados los derechos a la vida, honra

y bienes de las personas, sino que éstos han sido abierta y notoriamente vulnerados nada menos que por quien debe cuidar de esas preciosas garantías: la autoridad, no importa del orden que sea.

II.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN

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.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

II.1.1.- La Nación –Dirección Nacional de Estupefacientes–, a través de apoderado, contestó la demanda, y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la misma, adujo, principalmente, lo siguiente:

1o): Mediante acta sin número de 19 de marzo de 1993, en diligencia practicada por el Fiscal Segundo de la Unidad Investigativa Regional de Fiscalía del Departamento de Bolívar se puso a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes el inmueble ubicado en el barrio Chino No. 29 C-48, Callejón Carrillo, de la ciudad de Cartagena, en el que fue hallada cocaína en cantidad de dos kilogramos.

Fue así como la citada entidad, en ejercicio de las facultades legales y en especial de las conferidas por el artículo 55 del Decreto Legislativo No. 2790 de 1990, modificado por el Decreto Legislativo No. 099 de 1991, adoptado como legislación permanente por el artículo 4o. del Decreto No. 2271 de 1991 y el Decreto 2159 de 1992, dictó la Resolución No. 0278 de 2 de marzo de 1994, por la cual destinó provisionalmente al servicio de la Corporación Hogares Crea de Colombia el inmueble antes mencionado.

2o): La Dirección Nacional de Estupefacientes actúa con base en informaciones recibidas de las autoridades militares, de policía, del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y en general de cualquiera de los organismos de seguridad del Estado.

3o): La Dirección Nacional de Estupefacientes obró dentro de las normas legales, con observancia del postulado del debido proceso.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

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 acceda a las pretensiones de la demanda por cuanto considera que la demandada violó los artículos 5o. y 6o. del Decreto No. 042 de 1990, amén de que a los actores, ajenos al delito de narcotráfico, se les violó el debido proceso y el derecho de defensa.

IV-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Dispone el artículo 47 de la Ley 30 de 1986, que se invoca como violado:

> "Los bienes, muebles, equipos y demás objetos donde ilícitamente se almacene, conserve, fabrique, elabore, venda o suministre a cualquier título marihuana,

cocaína, morfina, heroína o cualquier otra droga que produzca dependencia, al igual que los vehículos y demás medios de transporte, utilizados para la comisión de los delitos descritos en este capítulo, lo mismo que los dineros y efectos provenientes de tales actividades, serán decomisados y puestos a disposición inmediata del Consejo Nacional de Estupefacientes, el cual, por Resolución, podrá destinarlos provisionalmente al servicio oficial o entidades de beneficio común instituidas legalmente, darlos en arriendo o depósito. Quien tuviere un derecho lícito demostrado legalmente sobre el bien, tendrá preferencia para recibirlo en depósito o bajo cualquier título no traslaticio del dominio, el Consejo Nacional de Estupefacientes dará aviso inmediato a los interesados para el ejercicio de su derecho...".

En el caso *sub-examine* en los antecedentes administrativos de los actos acusados se puede establecer que el 19 de marzo de 1993 la Unidad Investigativa Regional de fiscalía del Departamento de Policía de Bolívar halló en el inmueble de propiedad de los actores 2 kilos y 100 gramos de cocaína, motivo por el cual el inmueble fue puesto a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes (folio 28).

Lo anterior encaja dentro de los presupuestos de la norma transcrita, esto es, que al estar en presencia, como en este caso, de la conducta de almacenar en un inmueble una sustancia que crea dependencia, como es la cocaína, hay lugar a poner el bien a disposición de la Dirección Nacional de Estupefacientes.

Sin embargo, advierte la Sala que del contenido de dicha disposición, se infiere que antes de resolver la entidad sobre la destinación provisional del bien debe informar a los interesados para que tengan la oportunidad de demostrar que poseen un derecho lícito sobre el mismo para así poder obtener preferentemente su depósito en forma provisional o bajo cualquier título no traslaticio del dominio.

Ello no aconteció en el evento *sub-lite* y, por el contrario, no obstante haberse demostrado la licitud del bien por parte de los demandantes, la Dirección Nacional de Estupefacientes se negó a revocar la Resolución No. 0278 de 2 de marzo de 1994, que ordenó la destinación provisional del inmueble.

En efecto, antes de que la citada entidad resolviera el recurso de reposición interpuesto contra la mencionada Resolución, los señores WILLIAM, IVÁN y PATRICIA MERCADO ESCALANTE acreditaron ser los propietarios del inmueble objeto de la sanción de decomiso, pues allegaron copia del certificado de tradición en que se hace constar tal circunstancia (folios 56 y 70).

Se demostró que ellos no estaban vinculados penalmente por el ilícito que dio lugar a la sanción y ni siquiera registraban antecedentes penales (folios 104 y 119), pues al proceso penal se vinculó a la señora OSIRIS DEL CARMEN URUETA NAVARRO, quien se encontraba en el inmueble en calidad de arrendataria (folio 69).

Y, finalmente, se probó que fue esta última la persona que resultó condenada por el ilícito que originó los actos acusados (folio 116).

Lo anterior evidencia aún más la transgresión del artículo 47 de la Ley 30 de 1986, razón por la cual habrá de accederse a decretar la nulidad de los actos acusados.

En lo que respecta al restablecimiento del derecho estima la Sala que es procedente acceder a la pretensión subsidiaria consistente en ordenar a la Dirección Nacional de Estupefacientes que entregue provisionalmente en depósito el inmueble de marras a los actores, ya que la entrega definitiva, a que se contrae la pretensión principal, corresponde disponerla al Juez competente para conocer del proceso adelantado en virtud de los hechos que ocasionaron la medida impuesta en los actos acusados, como se prevé expresamente en el artículo 6o. del Decreto No. 42 de 1990, que modificó el artículo 4o. del Decreto Legislativo No. 2390 de 1989.

Como en el presente caso, según se lee en la certificación obrante a folio 116, proveniente de la Jefe Secretaría Común de los Juzgados Regionales de Barranquilla, en la sentencia impuesta a la señora OSIRIS DEL CARMEN URETA NAVARRO "no se hizo pronunciamiento alguno sobre el bien inmueble ubicado en el Barrio Chino No. 29C-48 Callejón Carrillo de la ciudad de Cartagena", para garantizar la efectividad del restablecimiento del derecho que se dispone en esta sentencia, se ordenará comunicar lo resuelto en este proceso al Juzgado que conoció del proceso penal, a través de la mencionada funcionaria, para los fines legales pertinentes.

De igual manera es procedente acceder al restablecimiento del derecho consistente en ordenar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena que cancele la inscripción del depósito provisional que aparece en el folio de matrícula inmobiliaria no. 060-0068852 a favor de la Corporación Hogares Crea de Colombia.

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

FALLA:

1o.):**DECLÁRASE** la nulidad de las Resoluciones Nos. 0278 de 2 de marzo de 1994 y 1995 de 11 de noviembre del mismo año, expedidas por la Dirección Nacional de Estupefacientes.

2o.): Como consecuencia de la declaratoria de nulidad antes señalada, y, a título de restablecimiento del derecho,**ORDÉNASE** a la Dirección Nacional de Estuperfacientes que entregue a los demandantes **WILLIAM, IVÁN Y PATRICIA MERCADO ESCALANTE,** a título de depósito provisional, el inmueble ubicado en el Barrio Chino No. 29C-48 callejón Carrillo de la ciudad de Cartagena, y a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena que cancele la inscripción de depósito provisional que aparece en el folio de matrícula inmobiliaria No. 060-0068852 a favor de la Corporación Hogares Crea de Colombia.

3o.): Comuníquese la parte resolutiva de esta sentencia a la Jefe Secretaría Común de los Juzgados Regionales de Barranquilla, para que a través de ella la decisión adoptada se ponga en conocimiento del Juzgado Regional que impuso sentencia condenatoria a la señora OSIRIS DEL CARMEN URUETA NAVARRO.

4o.):**DEVUÉLVASE** a los actores la suma depositada para gastos del proceso por no haber sido utilizada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE EN LOS ANALES DEL CONSEJO DE ESTADO Y CÚMPLASE.

Se deja constancia que la anterior sentencia fué leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

COLDEPORTES-Funciones/**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA/INSPECCIÓN VIGILANCIA Y CONTROL/DELEGACIÓN DE FUNCIONES/DIRECTOR GENERAL DE COLDEPORTES/ORGANISMOS DEPORTIVOS NACIONALES**

Si dentro de las normas a las que debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia de los organismos deportivos se entiende incluida aquella que lo faculte para delegar tales funciones en el funcionario o agencia del Estado que la ley determine, en los términos del artículo 211 constitucional, toda vez que el hecho de delegar es parte del ejercicio de dichas funciones, de ello resulta que como en efecto el artículo 56 de la Ley 49 de 1993 autorizó al Presidente de la República para delegar en el Director General del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte las funciones de inspección y vigilancia sobre los organismos deportivos, dicho funcionario simplemente procedió mediante el acto acusado a hacer uso legítimo de esa autorización, por lo cual no es posible predicar el quebrantamiento de los artículos 52, 150 numerales 8 y 23 y 211 de la Carta Política que le atribuye el demandante.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ.

Referencia: Expediente No. 3260. Actor: Víctor Obdulio Benavides Ladino.

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 Víctor Obdulio Benavides Ladino en el ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del artículo 1o. del Decreto 2471 de 4 de noviembre de 1994, "por el cual se delegan funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos", expedido por el Gobierno Nacional.

I.- ANTECEDENTES

a.- El acto acusado

Es del siguiente tenor:

"Artículo 1o.- Delégase en el Director General del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, Coldeportes, la inspección, vigilancia y control de los organismos deportivos a nivel nacional".

b.- Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera en su demanda que con la expedición del acto acusado se infringieron los artículos 52, 122, 150 numerales 8 y 23 y 211 de la Carta Política, por las razones que se sintetizan a continuación (fls. 10 a 13):

De acuerdo con las previsiones de los artículos 52 y 150 numerales 8 y 23 de la Carta Política, los organismos deportivos están sometidos a la inspección y vigilancia del Estado, la cual se realiza por el Gobierno previa la existencia de una ley en que se consignan las normas a las cuales debe sujetarse para el ejercicio de dichas funciones. Por lo tanto, únicamente en la medida en que exista una ley en tal sentido es que el Presidente de la República puede delegar las funciones de inspección y vigilancia sobre los organismos deportivos en el Director de COLDEPORTES, previa autorización legal conforme al artículo 211 de la Constitución.

En el presente caso se tiene que el Congreso de la República aún no ha expedido las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para ejercer funciones de inspección y vigilancia sobre los indicados organismos y, sin embargo, el Presidente las delegó en el Director de COLDEPORTES.

La Ley 49 de 1993 se ocupó exclusivamente del Régimen Disciplinario en el Deporte, y si bien en su artículo 56 se autorizó al Presidente para delegar en el Director de COLDEPORTES las funciones de inspección y vigilancia sobre los organismos deportivos, lo cierto es que ni esta Ley ni otra contienen las normas a las que debe sujetarse el Gobierno para ejercer dichas funciones. Es decir, no basta que el Presidente se encuentre autorizado para delegar y delegue. Se requiere que previamente la ley haya determinado, delimitado o asignado al Gobierno esas funciones de inspección y vigilancia susceptibles de delegar.

La Ley 181 de 1995 "... tampoco se ocupó de la materia de normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para tal ejercicio y, aunque en su artículo 61 numeral 8, se hace remisión al artículo 56 de la Ley 49 de 1993, tampoco puede afirmarse que el Congreso profirió las normas de sujeción ya mencionadas".

c.- Las razones de la defensa

Ellas son, en síntesis, las siguientes, contenidas en los escritos de contestación de la demanda y en el alegato de conclusión presentados oportunamente por el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte -COLDEPORTES- a través de apoderado, a quien se ordenó notificar el auto admisorio de la demanda, como directamente interesado en las resultas del proceso (fls. 49 a 52 y 146 a 148):

El acto acusado se expidió con base en el artículo 56 de la Ley 49 de 1993, mediante el cual se facultó al Presidente de la República para delegar de conformidad con el articulo 211 de la Constitución en el Director de COLDEPORTES las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos.

De otra parte, la delegación de dichas funciones es la más equitativa para garantizar el derecho fundamental conexo de todas las personas a la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre, para que los organismos deportivos se adecúen a lo normado en el artículo 52 de la Constitución.

Es entendido que las federaciones, ligas y clubes tienen el carácter de organismos de derecho privado que cumplen funciones de interés público y social, y por el hecho de la autonomía que los caracteriza, no solo porque pueden darse sus propios estatutos (Decreto 380 de 1985), sino porque cada uno de ellos poseen órganos de dirección, administración, control y de disciplina (Decreto 2845 de 1984), no impide que en ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control delegadas por el Presidente de la República en el Director de COLDEPORTES se les pueda practicar visitas, tener acceso a libros, recomendar los correctivos necesarios, conminar, conceptuar y resolver impugnaciones de sus actos, etc., para que cumplan con las exigencias legales (Decreto 2845 de 1984, art. 6o.). "Igualmente, como resultado de las anteriores actividades, poner en conocimiento del Tribunal Deportivo correspondiente, para que previo el procedimiento de ley, instruya y sancione las conductas activas u omisivas de las personas naturales que los conformen, que transgredan las normas legales y estatutarias".

Sobre el argumento del actor, en el sentido de que no hay ley a la que deba sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos, debe tenerse en cuenta que los debates de la Ley 49 de 1993, se caracterizaron por "la necesidad de propiciar y hacer más expedita la vigilancia e inspección de las personas jurídicas que adelanten actividades de organización, promoción y prácticas deportivas".

Finalmente se indica que "... la eficacia jurídica y firmeza, del Decreto 2471 de 1994, se reconoció por el Tribunal Superior de Santa Fe de Bogotá, en providencia de fecha marzo 10 de 1995, ante la impugnación de la acción de tutela instaurada en el Juzgado

Primero Penal del Circuito, por la Federación Colombiana de Ciclismo, y así mismo lo afirmó en su revisión la Honorable Corte Constitucional, mediante Sentencia T-303, Expediente No. T-67858, Magistrado ponente: doctor Hernando Herrera Vergara, de fecha julio 11 de 1995".

d.- La actuación surtida

De conformidad con las normas previstas en el C.C.A., a la demanda se le dio el trámite establecido para el proceso ordinario, dentro del cual merecen destacarse las siguientes actuaciones:

Por auto del 24 de marzo de 1995 se dispuso la admisión de la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 19 a 24).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, el apoderado judicial de COLDEPORTES y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 146 a 148 y 149 a 152, respectivamente.

II.- EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En el escrito que lo contiene, la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, luego de transcribir la parte motiva y el texto del acto acusado, al igual que los artículos 52 y 211 de la Carta Política y el artículo 56 de la Ley 49 de 1993, manifiesta que "en virtud de la normatividad vigente, es incontrovertible que el Presidente de la República goza de facultades constitucionales y legales para delegar, como en efecto lo hizo a través del Decreto acusado, las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos", por lo cual "... no se debe acceder a las súplicas de la demanda".

III.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante el artículo 1o. del Decreto 2471 de 1994, cuya declaratoria de nulidad se solicita, el Presidente de la República, "en ejercicio de sus facultades constitucionales y en especial las previstas en los artículos 189, ordinal 11 y 211 de la Constitución Nacional, decidió "... delegar en el Director General del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte, COLDEPORTES, la inspección , vigilancia y control de los organismos deportivos, a nivel nacional".

En los considerandos del citado decreto se expresa "que el artículo 52 de la Constitución Nacional reconoció el derecho de todas las personas a la práctica del deporte y otras actividades, determinando que el Estado inspeccionará las organizaciones deportivas", y "que el artículo 56 de la Ley 49 del 4 de marzo de 1993, 'por la cual se establece el Régimen Disciplinario en el deporte' estableció que el Presidente de la República podrá delegar de conformidad con el artículo 211 de la Constitución Nacional, en el Director del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte las funciones de inspección, vigilancia y control sobre los organismos deportivos".

A su vez, el artículo 211 de la Constitución Política determina que "la ley señalará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos administrativos, representantes legales de entidades descentralizadas,...", etc.

Por su parte, el artículo 150 numeral 8 de la Constitución señala como función del Congreso la de "expedir las normas a las cuales debe sujetarse el Gobierno para el ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia que le señala la Constitución".

Ahora bien, luego del estudio de las acusaciones formuladas en contra del acto demandado, la Sala considera que ellas adolecen de vocación de prosperidad, pues si dentro de las normas a las que debe sujetarse el Gobierno para el ejereicio de las funciones de inspección y vigilancia de los organismos deportivos se entiende incluida aquella que lo faculte para delegar tales funciones en el funcionario o agencia del Estado que la ley determine, en los términos del artículo 211 constitucional, toda vez que el hecho de delegar es parte del ejercicio de dichas funciones, de ello resulta que como en efecto el artículo 56 de la Ley 49 de 1993 autorizó al Presidente de la República para delegar en el Director General del Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte las funciones de inspección y vigilancia sobre los organismos deportivos, dicho funcionario simplemnte procedió mediante el acto acusado a hacer uso legítimo de esa autorización, por lo cual no es posible predicar el quebrantamiento de los artículos 52, 150 numerales 8 y 23 y 211 de la Carta Política que le atribuye el demandante.

En consecuencia, al no prosperar los cargos formulados, ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero.- DENIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Segundo.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y cinco.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

REGISTRO DE MARCA/TASA-Fijación/**SOLICITUD DE REGISTRO-**Costo/ **REGISTRO DE TÍTULO-**Oportunidad del Cobro/**PROPIEDAD INDUSTRIAL/ TASA DE REGISTRO-**Cobro/**TASA DE TÍTULO-**Cobro

El cobro de la tasa de título no es procedente en la misma oportunidad en que se cobra la tasa de solicitud, pues para tal momento aún no es posible determinar si en efecto el título se va o no a expedir al solicitante por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. La tasa de título debe ser cobrada una vez le sea reconocido el derecho al mismo, pues en tal evento sí existiría correspondencia entre la recuperación de los costos por los servicios prestados o participación de los beneficios proporcionados por la demandada, los cuales, se reitera, se vienen a causar solamente en el momento en que le sea reconocido el derecho, al cobrarse en la misma oportunidad tanto en la tasa de solicitud como la de título, se está cobrando un valor frente a esta última, por unos servicios cuya prestación es incierta, al igual que son inciertos los beneficios que en un momento dado puedan ser proporcionados, lo cual va en contra de lo normado en el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Política. Además, el Decreto 2875 de 1994 no previó que en el caso de no expedirse el título la Administración devolvería la tasa por ella cobrada por tal concepto (título), lo cual sin lugar a dudas configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración, pues se estaría cobrando una tasa por un servicio que efectivamente no se prestó.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Primera. Santa Fe de Bogotá, D.C, veintidós (22) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. YESID ROJAS SERRANO.

Referencia: Expediente No. 3200. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JORGE E. VERA VARGAS Y OTROS.

Los ciudadanos Jorge E. Vera Vargas, María Patricia Londoño Jadad, Sandra Milena Rodríguez Sarmiento, Sandra Esperanza Fajardo López y Diego Buitrago Flórez, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política, solicitaron de esta Corporación la declaratoria de nulidad parcial del parágrafo segundo del artículo primero del Decreto No. 2875 de 29 de diciembre de 1994, "Por el cual se fijan las tasas para la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial", expedido por el Gobierno Nacional.

Citan los actores como infringidos por el acto acusado, los artículos 189 numeral 11 y 338 inciso 2 de la Constitución Política; 119 de la Ley 6a. de 1992; 87, 114, 146 y 147 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena; 5o. del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena; y 25 del Decreto 117 de 1994.

Hacen consistir así el concepto de la violación:

La norma demandada viola el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Politica, dado que por ser una norma reglamentaria, de inferior jerarquía a la norma reglamentada, esto es, el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992.

El abuso en el ejercicio de la potestad reglamentaria se hace evidente en la medida en que, si bien el artículo 119 mencionado atribuye al Gobierno Nacional la facultad para fijar "tasas para la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial", el monto global de las tasas debe guardar "directa correspondencia con los gastos de operación".

En la tramitación de los procedimientos relacionados con la propiedad industrial se distinguen dos tipos de tasas que se causan por la prestación de servicios, existiendo por lo tanto dos momentos en los cuales se cauaan los gastos de operación a que se refieren dichas tasas.

Tales momentos son: el de la tasa que causa la presentación de la solicitud y el de la tasa que causa la concesión del registro, a las cuales se refiere, la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en sus artículos 87 y 114.

Ambas normas, la primera sobre la tasa que corresponde a los gastos de operación que se causan con el trámite de la petición, y la segunda sobre la tasa que corresponde a su vez a los gastos de operación que se causan con la concesión del registro, son aplicables a las solicitudes de registro de lemas, nombres y enseñas comerciales, según se desprende de los reenvíos normativos que en su orden hacen los artículos 122 y 128 de la citada Decisión.

El no pago de la tasa de presentación de la solicitud conlleva a que ésta se considere como no admitida a trámite, en tanto que el no pago de la tasa de título es causal de caducidad.

Bien puede ocurrir que realizado el examen de registrabilidad, la oficina nacional competente determine que el registro de la solicitud no es procedente, y en consecuencia decide negarlo, evento en el cual la Administración no prestará los servicios administrativos, ni sufragará los gastos de operación que se originan con la concesión del registro. Por lo tanto, no habrá lugar al pago de la tasa de título por tal concepto.

Entre la fecha de presentación de la solicitud y la fecha del registro, transcurre un período largo de tiempo, de suerte que uno es el valor de la tasa de título vigente en la fecha de presentación de la solicitud y otro es el valor de la tasa de título vigente en la fecha de concesión del mismo.

De igual manera, el abuso de la potestad reglamentaria también se patentiza en el quebrantamiento del artículo 25 del Decreto 117 de 1994, porque la norma acusada señala, sin poder hacerlo, el momento del pago de la tasa del título, cuando dicho momento sólo lo determina el citado artículo 25.

El Decreto 2875 de 1994 fue expedido en ejercicio de las facultades que le confiere al Presidente de la República el numeral 11 del artículo 189 de la Carta y el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, en tanto que el Decreto 177 de 1994 fue expedido en ejercicio de las facultades constitucionales arribacitadas, conferidas al Presidente de la República, así como también con base en los artículos 618 y 2035 del Código de Comercio, y en desarrollo de los artículos 146 y 147 de la Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

Se observa entonces que fueron más y de mayor jerarquía las facultades con base en las cuales se expidió el Decreto 117 de 1994, pues además fue expedido en desarrollo de los artículos 146 y 147 de la Decisión 344, que reiteran el principio de aplicación uniforme en los países miembros de las normas comunitarias, contenido en el artículo 5o. del Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena.

Las anteriores normas comunitarias guardan absoluta correspondencia con el artículo 114 de la Decisión 344 que se refiere a la caducidad del registro por el no pago de tasas en los términos que acuerde la legislación nacional de los países miembros, en nuestro caso, acordados en el artículo 25 del Decreto 117 de 1994.

En cuanto al inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Política, debe tenerse en cuenta el concepto de violación expuesto para el artículo 189 numeral 11 *ibídem,* agregándose que con fundamento en el artículo 338 se expidió el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, que a su vez facultó al Gobierno Nacional para fijar las tasas para los procedimientos de propiedad industrial.

La norma acusada viola el inciso 2 del artículo 338, dado que la exigencia de pagar en forma anticipada la tasa de título, contradice el principio constitucional según el cual, la función de las tasas consiste en la recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados.

En consecuencia, la obligación de cancelar en forma anticipada la tasa de titulo, no guarda directa correspondencia con los gastos de operación de los servicios a que se refiere el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, ni responde al principio de recuperación de los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionadoa, consagrado en el inciso 2 del artículo 338.

ACTUACIÓN

Mediante proveído del 24 de febrero de 1995 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de suspensión provisional del acto demandado.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación - Ministerio de Desarrollo Económico, quien a través de apoderado dio contestación a la misma (fl. 71), expresando que con el parágrafo del artículo demandado se busca que quien solicite un registro cancele, por una sola vez, los costos que implica el poner en funcionamiento a la Administración para que analice el registro de una marca, lema, emblema o enseña comercial.

Dicho pago sirve para sufragar gastos que se generan dentro del proceso de registro de propiedad industrial, especialmente los relacionados con la solicitud propiamente dicha, con la publicación en la gaceta respectiva y con el otorgamiento del título de registro.

Con lo anterior se da cumplimiento a lo establecido en el artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, según el cual, el Gobierno fijará el monto global de las tasas, entendiéndose por éste, el pago único que establece el parágrafo demandado y que debe realizarse al presentar la solicitud, sin que deban acreditarse pagos adicionales en el transcurso del trámite.

Lo anterior trae las siguientes consecuencias:

a.- Se le imprime celeridad y eficacia a la actuación administrativa iniciada a petición de un particular, ya que una vez reunidos todos los requisitos establecidos en el artículo 87 de la Decisión 344 del Acuerdo de Cartagena, la Administración está obligada a impulsar dicho trámite hasta que se resuelva la actuación, lo que está en concordancia con los principios constitucionales contenidos en el artículo 209 que orientan la función administrativa.

b.- La norma cuestionada da aplicación al principio de economía, toda vez que es más económico el pago de las tarifas del procedimiento al inicio de la actuación, pues de ser cancelado como lo dice el demandante, esto es, pagándose una tasa al presentarse la solicitud y otra al momento de concederse el registro, ello conllevaría a que los valores

de una y otra tasa no sean iguales, de un lado, por el transcurso del tiempo, y de otro, porque estas tasas se incrementan de acuerdo con el índice de precios al consumidor y al nivel de ingresos.

c.- El parágrafo acusado no vulnera el artículo 25 del Decreto 117 de 1994 que establece la caducidad de los títulos en relación con concesiones, renovaciones, traspasos, prórrogas, licencias, cambios de nombre y de domicilio del titular cuando no se acredite el pago de los mismos, pues con aquél se pretende que quienes hayan obtenido un registro no lo pierdan por no acreditar el pago de las tasas respectivas, una vez se haya ejecutoriado el acto administrativo que concede el registro.

De otra parte, se tiene que la norma acusada no es violatoria de los artículos 189 numeral 11 de la Carta Política, así como tampoco del artículo 119 de la Ley 6a. de 1992, ya que ésta última precisamente le concedió al Gobierno Nacional la facultad de fijar las tasas relacionadas con los procedimientos de propiedad industrial y éste en ejercicio de la potestad reglamentaria, profirió el Decreto 2875 de 1994.

Tampoco puede considerarse violado el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Política, por cuanto las tasas que se cobran en el procedimiento de propiedad industrial y que se deben pagar en el plazo establecido en el parágrafo 2 del artículo 1o. del Decreto 2875 de 1994, deben entenderse como costos de operación o de administración, es decir, aquéllos en que incurre la Administración al poner en funcionamiento el aparato estatal.

Finalmente, debe decirse que no existe quebrantamiento de las disposiciones del Acuerdo de Cartagena y del Tribunal de Justicia del mismo Acuerdo, por cuanto éstas se refieren al compromiso de cada uno de los países miembros de desarrollar las Decisiones fruto del mismo mediante la regulación interna, a fin de hacerlas efectivas de acuerdo con la legislación vigente en cada país.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación es partidaria de que se denieguen las súplicas de la demanda por considerar que acorde con el precepto contenido en el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Politica, la Ley 6a. de 1992, artículo 119, facultó al Gobierno Nacional para fijar las tasas para los procedimientos de propiedad industrial.

Con estas bases fue expedido el Decreto No. 2875 de 1991, del cual hace parte el parágrafo cuya nulidad parcial se impetra.

La inconformidad de los demandantes se concreta a la oportunidad en que se fija el cobro de la tasa (al momento de la presentación de la solicitud), y se fundamenta en que la norma constitucional prevé la autorización legal para la determinación por parte de las autoridades de las tasas y contribuciones como recuperación de los costos de los servicios, interpretación literal que no es admisible, ya que en los costos de los servicios bien puede incluirse no sólo el uso de equipos, muebles, enseres, papel, implementos, etc., sino el mantenimiento del personal idóneo para la atención y trámite de las solicitudes.

En la evaluación de tales costos no se ve la razón para diferenciar la tasa de una solicitud exitosa, de la que no llega a ser favorable. Lo que se cobra en realidad al usuario es el costo ponderado del resultado de poner en movimiento el aparato administrativo, para el estudio de una solicitud que, vale observar, en muchos casos puede ser impertinente, incompleta o improcedente y no por ello se justificaría su gratuidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Mediante la presente acción de nulidad se demanda la expresión "y títulos" contenida en el paragráfo segundo del artículo primero del Decreto 2875 de 1994 que reza:

"Artículo Primero: ...

"Parágrafo Segundo.- Las tasas correspondientes a los trámites de solicitudes de registro y títulos referentes a marcas, lemas comerciales, nombres y enseñas comerciales, deberán ser canceladas al momento de la presentación de la solicitud de registro" (negrillas fuera del texto).

Los demandantes entre otras normas, consideran violado el artículo 338 inciso 2 de la Constitución Política que prescribe:

"Artículo 338. ...

"La ley, las ordenanzas y los acuerdos pueden permitir que las autoridades fijen la tarifa de las tasas y contribuciones que cobren a los contribuyentes, como recuperación de los costos de los servicios que les presten o participación en los beneficios que les proporcionen; pero el sistema y método para definir tales costos y beneficios, y la forma de hacer su reparto, deben ser fijados por la ley, las ordenanzas o los acuerdos..." (negrillas fuera del texto).

La parte actora centra su inconformidad en el hecho de que según la norma acusada, la tasa de títulos debe pagarse al momento de la solicitud de registro, desconociéndose con ello el principio contenido en el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Política, según el cual debe existir correspondencia entre la tasa fijada y los costos de los servicios o participación de los beneficios proporcionados. La consideración anterior la hacen los demandantes, en razón a la oportunidad en que se cobra dicha tasa.

La Sala considera entonces necesario referirse al artículo primero del decreto contentivo de la expresión "y títulos" demandada, toda vez que en él se establecen los conceptos por los cuales se cobran las diferentes tasas, entre ellas la que nos ocupa (de títulos).

En efecto, en el artículo primero del Decreto 2875 de 1994, se fijan las tasas para los procedimientos relacionados con la propiedad industrial, así:

"CONCEPTO	MONTO (EN PESOS)
A) SOLICITUDES	
– De patentes de invención	**137.00**
– De marcas y lemas comerciales	**92.600**
- De Patentes de Modelos de Utilidad	**68.000**
– De Diseños Industriales	**68.800**
– De Nombres y Enseñas Comerciales	**46.300**
– De Prórroga y Renovaciones	**92.600**
– De publicación de la solicitud	
– De patente de invención y Modelo de Utilidad:	
– Con dibujo	**14.000**
– Sin dibujo	**10.500**
– De Diseños Industriales	**14.000**
– De Marcas y lemas Comerciales:	
– Figurativas o mixtas	**14.000**
– Nominativas	**10.500**
– Por palabra adicional a partir de 150	**280**
B) TÍTULOS	
– De Patentes de Invención	**137.600**
– De Patentes de Modelo de Utilidad	**92.600**
– De Diseño Industrial	**68.800**
– De Marcas y lemas Comerciales	**90.300**
– De Nombres y Enseñas Comerciales	**90.300**
– Publicación	**14.000**

Examinado lo anterior, la Sala observa que son dos las tasas que se cobran al momento de la presentación de la solicitud de registro: una por concepto de solicitudes y otra por concepto de títulos.

Frente a la primera tasa, es lógico que ésta se cobre al momento de presentarse la correspondiente solicitud (cuestión que no discute la parte actora), pues es en dicho

momento cuando efectivamente el aparato administrativo se pone en movimiento con el fin de determinar la viabilidad de la solicitud, para lo cual incurre en costos tales como el del personal que la estudia, equipos, muebles, enseres; etc.

Al mismo tiempo que se cobra la tasa por concepto de registro de solicitudes, se cobra también la tasa de titulo, que es lo que controvierten los demandantes.

Frente a lo anterior, esta Corporación considera que el cobro de la tasa de título no es procedente en la misma oportunidad en que se cobra la tasa de solicitud, pues para tal momento aún no es posible determinar si en efecto el título se va o no a expedir al solicitante por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En consecuencia, estima la Sala que le asiste razón a los demandantes cuando afirman que no existe correspondencia entre la tasa que se cobra por el registro del título y los costos o beneficios a que se refiere el inciso 2 del artículo 338 de la Carta Política, por cuanto si bien es cierto que es factible que dicha solicitud prospere y por lo tanto la Administración incurra en costos, los cuales son recuperables a través del cobro de la tasa, no lo es menos que también puede darse el caso de que la solicitud en cuestión sea denegada, razón por la cual el cobro anticipado de dicha tasa de título, no correspondería a los costos en que incurrió la Administración para concluir que ésta no es registrable, pues aquéllos quedan cubiertos por la tasa de solicitud fijada en el literal A) de artículo primero del Decreto 2875 de 1994.

En conclusión, se tiene que la tasa de título debe ser cobrada una vez le sea reconocido el derecho al mismo, pues en tal evento sí existiría correspondencia entre la recuperación de los costos por los servicios prestados o participación de los beneficios proporcionados por la demandada, los cuales, se reitera, se vienen a causar solamente en el momento en que le sea reconocido el derecho.

En el presente caso, al cobrarse en la misma oportunidad tanto la tasa de solicitud como la de título, se está cobrando un valor frente a esta última, por unos servicios cuya prestación es incierta, al igual que son inciertos loe beneficios que en un momento dado puedan ser proporcionados, lo cual va en contra de lo normado en el inciso 2 del artículo 338 de la Constitución Política.

Además, el Decreto 2875 de 1994 no previó que en el caso de no expedirse el título la Administración devolvería la tasa por ella cobrada por tal concepto (título), lo cual sin lugar a dudas configuraría un enriquecimiento sin causa en favor de la Administración, pues se estaría cobrando una tasa por un servicio que efectivamente no se prestó.

La Sala observa que se declarará la nulidad de la expresión "y títulos" en cuanto hace a la oportunidad en que se cobra dicha tasa, sin que ello implique que la misma tasa no pueda ser cobrada en el evento en que se haya reconocido el título, pues dada tal circunstancia se tiene entonces que la Administración sí tendría derecho a recuperar los costos en que ha incurrido o a participar en los beneficios proporcionados.

Finalmente, la Sala expresa que no comparte lo expuesto por el Ministerio Público cuando sostiene que en la evaluación de los costos no hay necesidad de diferenciar la tasa de una solicitud exitosa de la que no es favorable por cuanto lo que se cobra es el costo ponderado de poner en movimiento el aparato administrativo, toda vez que tal y como se sostuvo anteriormente, una es la tasa por concepto de la solicitud de registro, cuya oportunidad de cobro no es aquí discutida, y otra, la tasa de registro de título, que como ya se vio, no debe ser cobrada en la misma oportunidad que la de registro de solicitud, pues en dicho momento aún es incierta la prestación de tal servicio.

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

FALLA:

DECLÁRASE la nulidad de la expresión "y títulos" contenida en el paragráfo segundo del artículo primero del Decreto 2875 de 1994.

DEVUÉLVASE a la parte actora la suma depositada para gastos del proceso, por no haberse utilizado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 21 de septiembre de 1995.

LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

NUBIA GONZÁLEZ CERÓN

YESID ROJAS SERRANO

SECCIÓN SEGUNDA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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 fueron apeladas por la administración y como en el *sub-lite* el recurso de alzada fue interpuesto por la parte actora y no por el Municipio de Honda, la Sala al desatarlo ostenta competencia para revisar los aspectos jurídicos de la controversia planteada en el proceso, sin limitarse exclusivamente a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente frente a la sentencia impugnada.

EMPLEADO MUNICIPAL/RÉGIMEN DISCIPLINARIO/CONCEPTO DE LA COMISIÓN DE PERSONAL-Inexistencia/**DESTITUCIÓN**

A pesar de tratarse de la imposición de la sanción de destitución, para lo cual la Ley 13 de 1984 y el Decreto 482 de 1985 señalan que deben contarse con el concepto de la Comisión de Personal, órgano cuya conformación a nivel municipal se ordenó por medio del artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, precisamente para los efectos de aplicar a los funcionarios municipales el régimen disciplinario establecidos en los mencionados estatutos, el presente caso el nominador aduciendo a la no obligatoriedad del concepto de la misma, según se dice que la resolución por la cual se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. 0592, prescindió de dicho concepto. Esta omisión constituye la inobservancia de un paso del proceso disciplinario, cuya importancia no desconocerse, ya que si bien el concepto de la comisión no tiene carácter obligatorio para la administración, no por ello carece de

relevancia para ilustrar el nominador acerca de la comisión misma de la falta y de su gravedad, según el criterio de los funcionarios que la integran, como son en términos del artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, el Secretario General y el Asesor Jurídico del Municipio, así como el Representante de los Empleados. Las anteriores razones son suficientes para estimar ajustada a derecho la decisión del fallador de infirmar los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso al demandante la sanción de destitución.

DESTITUCIÓN/ESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/SALARIOS DEJADOS DE PERCIBIR-Improcedencia

Cuando se produjo su destitución, el accionante no era funcionario del Municipio de Honda; y como tampoco se demostró que hubiera sido designado como Secretario de Gobierno de esa Municipalidad el mismo día en que entraron en vigencia los actos administrativos acusados y que en virtud de la sanción adicional de inhabilitación para ocupar cargos públicos, no pudiera acceder a ese destino, no es dable afirmar como equivocadamente lo hizo el Tribunal, que al demandante se le vulnero el derecho de permanecer durante ese lapso en dicho cargo, del cual, como se dijo, se hallaba separado desde antes de su destitución. No había entonces razón para que a titulo de restablecimiento del derecho se ordenará a la entidad demandada cancelarle los salarios correspondientes a ese empleo durante los dos años que duró su inhabilidad para ocupar destinos públicos.

DESTITUCIÓN/PERJUICIOS MORALES/RESPONSABILIDAD CONEXA

Los perjuicios morales por la supuesta aflicción que la destitución le causó al demandante, dirá la Sala que concebidos tales perjuicios como la compensación del dolor y del agobio que sufre el afectado por un acto, hecho u omisión de la administración, como reparación objetiva de algo que por su propia naturaleza es subjetivo y no mensurable, en los términos que lo son perjuicios materiales, no se puede, tener certeza de que en casos como el presente la determinación acusada haya producido en el actor tal aflicción que le ocasionara perjuicios morales traducibles o equivalentes al valor de 1.000 gramos de oro fino como reclama en la demanda. Ante la inexistencia de pruebas sobre el particular, resulta improcedente ordenar la cancelación de los perjuicios morales cuyo pago el accionante requiere, así como también lo es, acceder a la pretensión de que se ordene a la entidad demandada repetir contra el expedidor de los actos impugnados por responsabilidad conexa, en virtud de que no se condenará a aquella el pago de suma alguna de dinero.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 7650. Asuntos Municipales. Actor: ÁLVARO MÉNDEZ ARANDA.

Conoce la Sala de recurso de apelación interpuesto por parte de la actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 17 de diciembre de 1992.

ANTECEDENTES

Por intermedio del Procurador Judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el señor Alvaro Méndez Aranda solicitó al Tribunal declarar la nulidad de la resolución No. 0592 de 4 de abril de 1990 de la Alcaldía Municipal de Honda, por medio de la cual se le impuso la sanción de destitución y inhabilitación por el término de dos años para el desempeño de cargos públicos, y de la providencia calendada el 11 de mayo del año citado expedida por la misma Alcaldía por la cual se decidió no reponer la aludida decisión.

Requirió igualmente la declaratoria del silencio administrativo negativo respecto del recurso de apelación que interpuso contra los citados actos y en subsidio o en otra forma alternativa a esta pretensión, pidió que se declare nulo el "acto administrativo que puede hallarse contenido en el concepto suscrito por el Jefe del Departamento Jurídico de la Gobernación del Tolima, que fue remitido al Alcalde Municipal de Honda en respuesta al oficio No. 570 del 19 de abril de 1990, relacionado con el recurso de apelación". (fl.13).

En virtud de que la adición de la demanda (fl. 106 a 107), se ratificaron las pretensiones relativas a la declaratoria de configuración del silencio administrativo negativo respecto del recurso de apelación contra la resolución No. 0592 de 1990 y las que en carácter subsidiario o alternativo se formularon en el libelo original –declaratoria de nulidad del concepto de la Oficina Jurídica de la Gobernación–, el *a-quo* inadmitido esta ultima pretensión (fls. 109 y 110).

Impetró además la condena de la entidad demandada al pago de los daños y perjuicios de orden moral que le causo la imposición de dicha sanción, los que estimo en mil (1.000 grs.) gramos oro fino y, que a manera de restablecimiento del derecho, se ordene a la misma institución reconocerle y pagarle los sueldos, primas y prestaciones sociales que hubiere podido recibir como Secretario de Gobierno Municipal durante el término de la inhabilidad impuesta como sanción adicional a la destitución y que se declare que las violaciones de la ley por el señor David Roberto Owen Hughes Williams, autor de los actos enjuiciados en su condición de Alcalde Municipal de Honda, fueron manifiestos y ostensibles, por la cual la entidad demandada debe repetir contra el por todos los valores por los cuales resultare afectada, en virtud de la responsabilidad conexa establecida en los artículos 77 y 78 del C.C.A.

Relata el actor que se vinculó al cargo mencionado a través de una relación de derecho administrativo; que en su desempeño se distinguió por la honestidad, dedicación y voluntad de acierto, pero que a pesar de ello, fue objeto de un proceso disciplinario el cual determinó que su nombramiento fuera declarado insubsistente, por medio del

Decreto No. 080 de 20 de diciembre de 1989, acto que infortunadamente no demandó; que la supuesta falta que dio origen al proceso disciplinario y a la sanción de destitución fue el hecho de haber concedido permiso al movimiento político "Fuerza Progresista Hondana" y a su candidato a la Alcaldía para el periodo 1990-1992, Doctor Carlos Alberto Arce Atuesta, para utilizar con fines políticos unas murallas de propiedad particular para lo cual había sido autorizada verbalmente por el expedidor del acto, que luego desconoció esta circunstancia y adujo la violación de la resolución No. 1739 del 14 de diciembre de 1989, acto administrativo que nunca entro en vigor por no haber sido publicado y de cuya existencia el demandante no se enteró.

Señala que mediante la Resolución demandada No. 592 de 1990, se le impuso al actor la pena de destitución y se le inhabilitó por dos años para el ejercicio de cargos públicos, acto contra el cual interpuso los recursos de reposición y de apelación, siendo denegado el primero, por proveído de 11 de mayo de 1990, sin que se tuvieran en cuenta los planteamientos que expuso; lo cual aunado a la providencia de 14 de febrero del año citado por la que se restringieron de los testimonios cuya recepción solicitó, constituye la figura anulatoria del desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa. Asímismo expresa que el recurso de apelación no se tramitó porque el Alcalde de Honda, decidió reconocer por si la jerarquía superior que tiene el Gobernador del Departamento, apoyándose en el concepto contenido en el oficio No. 570 de 1990 de la Oficina Jurídica de la Gobernación, en el que se sostiene que el Alcalde Municipal no tiene superior jerárquico, como lo tenía antes de la reforma de 1986, opinión en la que discrepa y por lo cual demanda la declaratoria del silencio administrativo respecto a dicho recurso.

Concluye el accionante acotando que los actos acusados y el pésimo tratamiento que se dio a la impugnación por la vía gubernativa, le causó ingentes perjuicios de orden moral y materiales de orden potencial, que se traduce en el conocimiento de sus méritos de agravio que se le infirió a el y a su familia.

Los fundamentos de derechos, la indicación de las normas infringidas por la administración y el concepto de su violación, aparecen a folios 6 a 27 del expediente.

LA SENTENCIA

Por haber incurrido la administración en una manifiesta infracción del debido proceso, el Tribunal accedió a las pretensiones de la demanda.

Para el efecto consideró que según lo estatuido en el artículo 8° del Decreto No. 482 de 1985, reglamentario de la ley 13 de 1984, aplicable a nivel municipal en virtud de los dispuesto por el artículo 10 de la ley 49 de 1987, que es desarrollo del artículo 26 de la Constitución Política de 1886, ningún funcionario puede ser sancionado por un hecho que no haya sido definido por la Constitución o la ley como falta disciplinaria; y como la resolución No. 1739 de 1989, señalada como infringida por el demandante, se expidió el 14 de diciembre de 1989 y tres de los cuatro permisos para utilizar murallas de propiedad de particulares para realizar propaganda política fueron concedidos antes de la expedición

de dicha resolución y únicamente uno, el referente a la Señora Blanca Rueda, lo fue después, mal puede imponérsele una sanción por hechos ocurridos antes del reglamento prohibitivo, agregando además respecto de la citada resolución, que por ser de contenido general y abstracto para que empezara a regir debió ser publicada y, no habiéndose cumplido con esta formalidad, no era dable tener en cuenta sus mandatos a efecto de imponerle al actor la sanción de destitución en ella contemplada.

Aduce asímismo el *a-quo,* que conforme al ordenamiento jurídico las decisiones administrativas deben darse a conocer mediante notificaciones o publicaciones para que el interesados tenga oportunidad de conocerlas y controvertirlas; y como al contestar los descargos solicitó la recepción de nueve declaraciones, y la Alcaldía decreto solamente la de tres de ellas, esta decisión debió notificársele para que si lo consideraba pertinente la impugnara; que el Alcalde al limitar a tres el número de testimonios a recepcionarse, violó el artículo 219 del Código de Procedimiento Civil, porque esta norma solo faculta al juez para limitar la recepción de testimonios, pero no para abstenerse de decretar su práctica, pues según ella, únicamente lo es dable limitar la recepción cuando considere suficientemente esclarecidos los hechos materia de prueba, lo que implica que debe decretarse la práctica de la totalidad de los pedidos.

Expresa igualmente el fallador, que el Alcalde de Honda, sin estar facultado para ello por la ley, comisionó al inspector de esa misma municipalidad para recibir declaraciones, y este de plano entro a recibirlas sin haber señalado fecha y hora para la respectiva diligencia; que no se obtuvo el concepto de la comisión de personal como lo ordena el artículo 119 de la Ley 13 de 1984, comisión cuya integración a nivel municipal fue ordenada por el artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, y que no se tuvieron en cuenta los factores de calificación de las faltas señaladas en el artículo 14 de la Ley 13 de 1984 y 41 y siguiente del Decreto 482 de 1984 y, que si se examina el comportamiento del inculpado "no se consiguen motivos para la gravedad de la falta y por ende para que hubiese sido objeto de sanción de destitución".

El Tribunal a título de restablecimiento de derecho y en razón de que el acto que sancionó al demandante produjo adicionalmente la inhabilidad para ocupar cargos públicos por el término de dos años, por lo que no pudo ocupar durante ese lapso ningún destino oficial y como la nulidad abarca también esta determinación, ordenó al municipio de Honda cancelarle los sueldos y prestaciones sociales que dejo de devengar durante el tiempo que duró dicha inhabilidad.

El *a-quo* se abstuvo de ordenar que la entidad demandada repitiera contra el señor David Roberto Owen Hughes Williams las sumas que en virtud de la condena anterior debe pagar al actor, como se solicita en la demanda, porque "la legitimación para esta reclamación la tiene el perjudicado cuando esta persiguiendo para si determina prestación resarcitoria pero el no puede asumir vocerías de la entidad como lo hace en el documento introductorio para que se ordene lo que ésta pague que lo repita contra el otro. De otra parte la responsabilidad del funcionario descansa en la culpa grave o en el dolo en el ejercicio de funciones, y ni éste ni aquel se presentan, por no haberse demostrado que

el señor Alcalde procedió con aquellas intenciones o con tal negligencia que lleve a afirmar que hubo la culpa grave o el dolo; ni éstos se infiere del solo proceder en el adelantamiento del proceso disciplinario, pues hay que partir de la presunción de la buena fe y mantener el caso en el campo de las meras equivocaciones. Lo demás debe acreditarse para desvirtuar esa regla de valoración" (241):

EL RECURSO

El demandante, no obstante hallarse de acuerdo con la declaratoria de nulidad del acto acusado y con las formas en que se ordenó el restablecimiento del derecho, solicita la revocación parcial de la sentencia porque no comparte la exoneración de responsabilidad del funcionario que profirió los actos impugnados, ya que no pueden existir equivocaciones de buena fe en materia de derecho; y por que estima que debe precisarse que las sumas que el municipio de Honda debe pagarle "deberán corresponder exactamente a los sueldos, gastos de representación, viáticos y prestaciones sociales que correspondieron al Secretario de Gobierno Municipal durante el período de la inhabilitación; y que además esas sumas deberán acompañarse de sus respectivos intereses y ajustes de valor, en forma independiente de los incrementos previstos por los artículos 177 y 178 del C.C.A." (folio 245).

El apelante estima que como la decisión adoptada le infirió aflicción, debe ser objeto de reparación en proporciones dignas y satisfactorias y con mayor razón, cuando los perjuicios fueron absolutamente ciertos y actuales.

El señor Procurador Judicial Cuarto se abstuvo de emitir concepto de fondo sobre la presente contención.

Rituada la instancia 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 la Alcaldía Municipal de Honda, por las cuales se destituyó al actor del cargo de Secretario de Gobierno, sanción que se le impuso por haber violado el artículo 2° de la resolución No. 1739 de 1989 expedida por dicha Alcaldía, al haber otorgado permiso a un movimiento político para fijar carteles, avisos o propaganda política en inmuebles de propiedad privada, sin el visto bueno del burgomaestre.

En primer lugar, ha de precisarse que de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del C.C.A., las sentencias dictadas en primer instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior cuando no fueron apeladas por la administración y como el *sub-lite* el recurso de alzada fue interpuesto por la parte actora y no por el Municipio de Honda, la Sala al desatarlo ostenta competencia para revisar los aspectos jurídicos de la controversia planteada en el proceso, sin limitarse exclusivamente a los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente frente a la sentencia impugnada.

Precisado lo anterior, encuentra la Sala correcta la apreciación del *a-quo* en el sentido de que el actor no pudo incurrir en violación de la resolución mencionada al expedir tres de los cuatro permisos para utilización de murallas para propaganda política por cuyo otorgamiento se le investigaba, toda vez que dichas autorizaciones las confirió con anterioridad al 14 de diciembre de 1989, día en que se expidió la resolución No. 1739, acto que el Alcalde consideró transgredido y dio lugar a la imposición de la aludida sanción. Por ello, no le era dable a la administración penalizarlo diciplinariamente por su otorgamiento, cuando ni siquiera existía en el ámbito jurídico la norma por cuya inobservancia, como expresamente se dice en la resolución No. 0592 de 1990, se le destituyó. En estas condiciones, solo por la concesión de uno de los cuatro permisos que se mencionaron en al acto sancionatorio, se le podía imputar la información de la resolución No. 1739 de 1990.

Igualmente observa la Sala, que a pesar de tratarse de la imposición de destitución, para lo cual la ley 13 de 1984 y el Decreto 482 de 1995 señala que debe contarse con el concepto de la Comisión de Personal, órgano cuya conformación a nivel municipal se ordenó por medio del artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, precisamente para los efectos de aplicar a los funcionarios municipales el régimen disciplinario establecido en los mencionados estatutos, en el presente caso el nominador aduciendo la no obligatoriedad del concepto de la misma, según se dice en la Resolución por la cual se resolvió el recurso de reposición contra la resolución No. 0592, precedió de dicho concepto.

Esta omisión constituye la inobservancia de un paso del proceso disciplinario, cuya importancia no puede desconocerse, ya que si bien el concepto de la comisión no tiene carácter obligatorio para la administración, no por ello carece de relevancia para ilustrar al nominador acerca de la comisión misma de la falta y de su gravedad según el criterio de los funcionarios que la integran, como son en términos del artículo 22 del Decreto 1001 de 1988, el Secretario General y el Asesor Jurídico del Municipio, así como el Representante de los Empleados.

Las anteriores razones son suficientes para estimar ajustada a derecho la decisión del fallador de informar los actos administrativos por medio de los cuales se le impuso al demandante la sanción de destitución.

En cambio, la Sala se aporta en un todo de los planteamientos esbozados por aquél, como fundamento da la condena que impuso a la entidad demandada a título de restablecimiento del derecho: pago al actor de los salarios correspondientes al cargo de Secretario de Gobierno del Municipio de Honda por el lapso de dos años durante el cual se le inhabilitó para el desempeño de cargos públicos.

Veamos por qué: consta en los autos que el nombramiento del accionante en ese empleo fue declarado insubsistente por medio del Decreto No. 080 de 20 de diciembre de 1989 (folio 134), y que él no demandó esa decisión (folio 14): la cual en virtud de la

presunción de legalidad propia de los actos administrativos, debe considerarse adoptada por razones inherentes al buen servicio.

Significa lo anterior que para la fecha en que se expidieron los actos demandados -4 de abril y 11 de mayo de 1990- esto es, cuando se produjo su destitución, el accionante no era funcionario del Municipio de Honda; y como tampoco se demostró que hubiera sido designado como Secretario de Gobierno de esa Municipalidad el mismo día en que se entrar en vigencia los actos administrativos acusados y que en virtud de la sanción adicional de inhabilitación para ocupar cargos públicos, no pudiera acceder a ese destino, no es dable afirmar como equívocamente lo hizo el Tribunal, que el señor Méndez Aranda se le vulneró el derecho de permanecer durante esa lapso en dicho cargo, del cual, como se dijo, se hallaba separado desde antes de su destitución. No había entonces razón para que a título de restablecimiento del derecho se ordenara a la entidad demandada cancelarle los salarios correspondientes a ese empleo durante los dos años que duró su inhabilidad para ocupar destinos públicos.

Por ello se revocará el fallo apelado en este aspecto y se negarán las pretensiones que a ese titulo se formularon en la demanda.

Ahora bien, en cuanto atañe al pago de los perjuicios normales por la supuesta aflicción que la destitución le causo al demandante, dirá la Sala que concebidos tales perjuicios como la compensación del dolor y del agobio que sufre el afectado por un acto, hecho u omisión de la administración, como reparación objetiva de algo que por su propia naturaleza es subjetivo y no mensurable, en los términos que lo son los perjuicios materiales, no se puede, *per se,* tener certeza de que en caso como el presente la determinación acusada haya producido en el actor tal aflicción que le ocasionara perjuicios morales traducibles o equivalentes al valor de 1.000 gramos de oro fino como se reclama en la demanda.

Y no puede presumirse que ellos se dieron en el *sub-lite,* como procede hacerlo cuando se trata de los padres o de los hijos de la persona a quien por una falla del servicio la sobrevino la muerte, toda vez que los sentimientos de congoja, sufrimiento y aflicción que el deseo de un hijo o de un padre producen, como es obvio, no pueden jamás equipararse a las reacciones negativas que sobreviene a consecuencia de la aplicación de la sanción de destitución a un funcionario público que, como el actor, se hallaba ya separado del servicio.

Ante la inexistencia de pruebas sobre el particular, resulta improcedente la cancelación de los perjuicios morales cuyo pago el accionante requiere, así como también lo es, acceder a la pretensión de que se ordene a la entidad demandada repetir contra el expedidor de los actos impugnados, en virtud de que no se condenará a aquella al pago de suma alguna de dinero.

En este orden de ideas, procede revocar el fallo apelado en cuanto condenó al municipio de honda a pagarle los sueldos primas y prestaciones sociales que dejó de

percibir como Secretario de Gobierno por el tiempo que duró la inhabilidad, desde el 18 de mayo de 1990 a la misma fecha de 1992, denegar las súplicas que en tal sentido elevó el actor, así como confirmarla en lo demás.

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 el numeral 2° de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 17 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Tolima, por el cual el título de restablecimiento del derecho se condenó al Municipio de Honda a cancelarle al señor Álvaro Méndez Aranda, "los sueldos, primas y prestaciones sociales que hubiere dejado de percibir como Secretario de Gobierno del Municipio por el tiempo que duró la inhabilitación, desde el 18 de mayo de 1990 a la misma fecha de 1992". En su lugar, se dispone, negar las pretensiones que a ese título se formularon en la demanda.

2) Confírmase en lo demás la mencionada sentencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de junio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

FUNCIONARIOS DEL ISS/JORNADA DE TRABAJO/SISTEMA DE TURNOS/ DOMINICALES Y FESTIVOS-Improcedencia/**COMPENSATORIO**-Improcedencia

Al trabajar el demandante en el ISS por el sistema de turnos, deberá entenderse que las labores realizadas en domingos y festivos no tienen el carácter de trabajo extra o suplementario; correspondiendo por consiguiente, a un horario de trabajo ordinario. De otro lado, como lo destaca el señor Procurador Cuarto Delegado en su concepto de fondo, el día sábado dentro del referido sistema de turnos implementado por el ISS, debe considerarse como laborable "por cuanto la naturaleza del trabajo es ininterrumpida".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 7721. Autoridades Nacionales. Actor: GABRIEL CUENTAS VILLEGAS.

Proveniente del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en grado de consulta, ha venido ha esta Corporación la sentencia de fecha 8 de septiembre de 1992 proferida en el proceso promovido por Gabriel Cuentas Villegas contra el Instituto de Seguros Sociales.

ANTECEDENTES

El demandante controvirtió ante el Tribunal la legalidad del acto administrativo contenido en el oficio SGP-118 del 8 de febrero de 1990, mediante el cual se le negó el

reconocimiento y pago de los compensatorios por trabajo en domingos y festivos laborados; asimismo, la resolución No. 2047 de 31 de mayo del mismo año, por la cual se resuelve un recurso de apelación (fl. 8 cdno. ppal.).

Como consecuencia de la nulidad impetrada, la parte actora solicita se condene al ISS a reconocer y pagar a favor del demandante el valor de los descansos compensatorios por haber trabajado los días domingos y festivos desde el 27 de enero de 1987 hasta la fecha en que se haga el correspondiente reconocimiento por el ISS: que se ordene a este organismo a reliquidar y pagar el mayor valor de las prestaciones sociales causadas desde el 27 de enero de 1987; que se disponga que el ISS continúe pagando hacia el futuro el correspondiente descanso compensatorio por trabajos en domingos y festivos del actor y se ordene a la citada entidad, en caso de no pagar el valor de las condenas liquidadas, cancelar en favor del demandante los intereses corrientes durante los seis meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término (fl. 8 *ibídem*).

En el escrito introductorio manifiesta el actor, en síntesis, que la acción incoada se fundamente en la causal de violación de la ley, por ostensible error de derecho al interpretarse falsamente en el caso *sub-lite*; que la violación consiste en que el ISS desde la vigencia del decreto 186 del 27 de enero de 1987, no ha reconocido el descanso compensatorio a las personas que de manera habitual laboran en días domingos y festivos, tal como lo determina el artículo 2° del referido decreto con toda claridad; que el ISS ha sostenido que para tener derecho al descanso compensatorio del domingo es requisito haber trabajado las 44 horas entre lunes y sábado, argumento que carece de fuerza jurídica, por cuanto el decreto aludido en el artículo mencionado en ninguna parte establece la condición que el ISS expone como requisito; que el decreto no hace ninguna distinción y, por ende, no le es dado al intérprete hacerla, máxime cuando la ley es sumamente clara y no puede desatender su tenor literal so pretexto de consultar acomodaticias interpretaciones en detrimento de los trabajadores; que del mismo tenor literal es el decreto 1042 de 1978, artículo 39, que aunque es norma general, también contiene disposición idéntica a la específica aplicable en el ISS y que, por consiguiente, también se considera violada, pues las razones expresadas también son válidas para estimar que tampoco ese decreto consagra condiciones como las que el ISS establece en la errónea interpretación de la norma jurídica.

LA SENTENCIA CONSULTADA

El *a-quo* en el fallo consultado (fls. 93 a 104 *ibídem*) declaró la nulidad de los actos administrativos acusados y ordenó al ISS –Seccional Valle del Cauca– pagar al demandante lo correspondiente al descanso compensatorio a que tiene derecho desde el 27 de enero de 1987 hasta la ejecutoria de la sentencia.

Expuso al Tribunal que el actor, quien es médico pediatra al servicio del ISS trabajó desde antes, pero en especial a partir de la vigencia del Decreto 186 de 1987 en días dominicales y festivos, de acuerdo con el sistema de turnas establecidos por el organismo;

que lo hizo de forma habitual y permanente, ya que la naturaleza de su trabajo y el sistema de turnos así lo imponían; que en consecuencia, puede afirmarse que a su labor se estructuró el derecho invocado, por cumplir los requisitos que la norma estableció para el efecto; no entiende el *a-quo* la posición de la entidad demandada que la lleva a sostener que los días sábados que el actor dejó de laborar debían tomarse como compensatorios; como ya lo sostuvo el tribunal en otra oportunidad, el reconocimiento del descanso compensatorio debe ser expreso por parte del empleador y el trabajador debe quedar notificado de esa circunstancia, pues este asunto no puede quedar sujeto a indefiniciones; que por lo visto asiste al demandante el derecho que reclama; que lo que se le debe es el descanso compensatorio, que por lo que se sabe no ha sido reconocido por los dominicales y festivos laborados desde el 27 de enero de 1987, día en que entró en vigencia el decreto 186 de 1987, hasta la ejecutoria de la sentencia, siempre y cuando la situación planteada en el libelo no haya cambiado; es decir, que el reconocimiento se efectuará en tanto el actor haya trabajado y continúe trabajando en forma habitual en domingos y festivos; que como en el momento actual en lo atinente a la situación ya consolidada, no es posible hacer efectivo dicho reconocimiento mediante el goce de un día de descanso en el día laborable, dada la naturaleza del servicio que presta el ISS y los traumatismos que origina una decisión así, se ordenará el pago de dinero, de conformidad al salario vigente en cada momento; que el reconocimiento para el futuro no es viable, pues el *a-quo* no puede disponer nada que se fundamente en meras expectativas.

EL CONCEPTO FISCAL

El señor Procurador Cuarto Delegado en lo Contencioso ante el Consejo de Estado en su concepto de fondo (fls. 112 a 117 cdno. ppal), manifiesta que luego de estudiar el acervo probatorio allegado al proceso no está de acuerdo con la conclusión a que llegó el Tribunal de primera instancia (fl. 115 *ibídem*), pues por las razones expuestas en dicho concepto, de conformidad con la naturaleza del trabajo desarrollado, la aclaración del Jefe de Especialidades Pediátricas del ISS –Seccional Valle del Cauca– y con las fotocopias de las planillas de turnos, en criterio de la agencia del Ministerio Público el fallo consultado debe revocarse y, en su lugar, proferirse sentencia negando las pretensiones del escrito introductorio (fl. 117 *ibídem*).

Agotando el trámite procesal y no observándose casual de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Consta en autos que el día 27 de diciembre de 1989 el demandante presentó solicitud al Instituto de Seguros Sociales con el fin de que se le reconociera y pagara el valor a los descansos compensatorios de todos los dominicales y festivos trabajados desde el día 27 de enero de 1987, fecha en que se entró a regir el decreto 186 de 1987; asimismo, para que se le reconozca en el tiempo remunerado, el día de descanso compensatorio a que tiene derecho por el trabajo realizado a partir del pago a que se refiere la petición anterior (fls. 2 y 2 vuelto cdno. ppal.); que el Subgerente de Personal de dicho instituto –Seccional

Valle del Cauca– mediante el oficio SGP-118 del 8 de febrero de 1990 niega el reconocimiento y pago solicitado por el actor, por considerarlos improcedentes y no ajustados a la ley (folios 3 y 3 vuelto *ibídem*); que el demandante interpuso recurso de apelación contra el acto contenido en el citado oficio, con el fin de que fuera revocado en todas sus partes (fls. 4 y 4 vuelto *ibídem*); que mediante la resolución impugnada No. 2047 del 31 de mayo de 1990 el señor Gerente Seccional del ISS del Valle del Cauca no revoca la decisión por la cual se niega el actor el reconocimiento y pago por los valores correspondientes a descansos compensatorios, dominicales y festivos trabajados desde 1987 (folio 5 *ibídem*).

El artículo 2° del decreto 186 de 1987, determina que en los mismos términos de lo dispuesto para los empleados públicos en el artículo 39 del decreto 1042 de 1978, sin perjuicio de lo que establezcan normas especiales respecto de quienes presten el servicio por el sistema de turnos, los servidores del ISS, que en razón de la naturaleza de su trabajo deben laborar habitual y permanentemente los días dominicales y festivos, tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo laborado, más el disfrute de un día de descanso compensatorio, sin perjuicio de la remuneración ordinaria a que tenga derecho el empleado por haber trabajado el mes completo; de igual modo dispone el citado artículo, que la contraprestación por el día de descanso compensatorio se entiende involucrada en la asignación mensual.

De lo preceptuado en el artículo 2° del decreto 186 de 1987, se infiere sin lugar a equívocos que las personas vinculadas al ISS que deban laborar habitual y en forma permanente en dominicales y festivos tendrán derecho a una remuneración equivalente al doble del valor del día de trabajo por cada dominical o festivo laborado en el mes completo.

La disposición señala que la remuneración por el dominical también debe incluir la que devenga en forma ordinaria el empleado del ISS; tal norma indica que quien labora en dominicales y festivos, tendrá derecho a la retribución ordinaria; además, a una remuneración equivalente al doble del valor de un día de trabajo por cada dominical o festivo trabajado, más el disfrute del compensatorio en otro día, pero igualmente remunerado.

En otros términos, lo anterior quiere significar que de conformidad con el artículo 2° del decreto 186 de 1987, la remuneración por trabajar un dominical o festivo en el ISS corresponde a tres remuneraciones ordinarias.

En el caso *sub-lite*, como aparece en el proceso y lo sostiene la propia parte actora, el demandante por razón de la naturaleza de su trabajo, en virtud del sistema de turnos a que debe someterse en el ISS, le corresponde atender pacientes en turnos rotatorios y sucesivos en los días domingos y festivos, de conformidad con el programa elaborado para el efecto por la Administración de dicha entidad descentralizada.

Sobre el tópico, el apoderado de la entidad demandada en el escrito contentivo del alegato de conclusión manifiesta que "El doctor Gabriel Cuentas Villegas, como

profesional de la medicina, está vinculado a la sección de Especialidades Pediátricas de la Clínica Rafael Uribe, de la entidad demandada, con el fin de atender pacientes dentro de un esquema de trabajo por turnos. Es normal para estos profesionales que su labor esté regida por esa metodología, dada la necesidad de que el servicio no sufra interrupciones y de que todos los vinculados al servicio estén en iguales condiciones de horario" (folio 79 *ibídem*).

En la contestación de la demanda se señala que "La programación de actividades de pediatría en la Clínica se realiza por ciclos de 8 semanas de lunes a sábado con turnos los domingos y feriados para completar la jornada máxima legal" y que "Algunos turnos caen en domingos y festivos, pero a fin de dar cumplimiento a la normatividad del Decreto 186/87 art. 2°, que empezó a regir el 27 de enero del mismo año, cuya cita hace el demandante, se compensan con el día sábado en número mayor a los domingos y festivos trabajados, con el fin de no sobrepasar la jornada máxima legal que es de 44 horas semanales, en el caso del Dr. Cuentas, o sea 352 en el ciclo de 8 semanas" (fl. 23 *ibídem*).

Al respecto, se destaca el dictamen pericial, lo siguiente:

"En el período comprendido entre enero 27 de 1987 a abril 30 de 1991 inclusive, el Doctor Gabriel Cuentas Villegas ha cumplido con las exigencias legales respecto a la jornada de trabajo de los funcionarios de la seguridad social, la cual a partir de enero de 1987 fue establecida en 44 horas semanales.

Para determinar lo anterior, nos supeditamos a la programación laboral interna del ISS, Unidad de Pediatría, establecida para un rango o período de ocho (8) semanas.

Del análisis de cada período en el lapso de enero de 1987 a abril 30 de 1991, pudimos constatar que el número de horas semanales promedio trabajados correspondían a las legales, esto es, 44 horas semanales. En los períodos de 8 semanas existían semanas con menos y más de 44 horas semanales trabajadas (20, 36, 44, 64, etc.), pero que en promedio en el mencionado período, correspondían a las exigidas por la jornada de trabajo para éste tipo de personas". (folio 4, cdno. No. 4).

El doctor Álvaro Kafury, jefe del servicio de Pediatría, en su declaración manifiesta que la semana laboral es de lunes a sábado y que el actor tiene contratado con el ISS ocho horas diarias. "Lo que quiere decir que tiene que ir de lunes a sábado cumplir con 44 horas en esa jornada y la forma de trabajo que tenemos en el servicio de pediatría para facilitar la elaboración de los turnos se ha diseñado de tal forma que el Dr. Cuentas, no tiene que ir los sábados, y que ese sábado se considera compensatorio en caso (sic) en que haya hecho un turno domingo o feriado. Este sistema impera en el servicio de pediatría por lo menos desde hace 23 años, que es el tiempo que llevo laborando en el instituto. Los sábados solo va una persona y se trabaja como si fuera un turno nocturno, los demás no van a trabajar. Hace tres años una comisión solicitada por Asmedas y compuesta por un miembro del Seguro Social del nivel nacional otra del Ministerio de Trabajo y el Dr. Alberto Rojas por parte de Asmedas, revisó nuestro sistema de turno y concretamente

sobre este asunto de compensatorio de los feriados y dominicales les aceptaron que el sábado fuera compensatorio". (fls. 1 y 3 cdno. No. 3): Al final de su declaración destaca el doctor Kafury que al actor "si le corresponde laborar algunos domingos y festivos". (fl. 5 *ibídem*), lo cual se comprueba con los días festivos y dominicales trabajados por el demandante que aparecen certificados en el dictamen pericial.

De lo expuesto infiere la Sala, en primer lugar, que al trabajar el demandante en el ISS por el sistema de turnos, deberá entenderse que las labores realizadas en domingos y festivos no tienen el carácter de trabajo extra o suplementario; correspondiendo, por consiguiente, a un horario de trabajo ordinario. De otro lado, como lo destaca el señor Procurador Cuarto Delegado en su concepto de fondo, el día sábado dentro del referido sistema de turnos implementando por el ISS, debe considerarse como laborable "por cuanto la naturaleza del trabajo es ininterrumpida", afirmación que se encuentra respaldada con la declaración del galeno Álvaro Kafury, en la cual se sostiene que el día sábado se destinó a compensatorios, situación aceptada por una comisión de la que formó parte ASMEDAS para revisar el sistema de turnos.

En el caso *sub-júdice* se tiene, como lo anota la agencia del Ministerio Público, que de acuerdo con las fotocopias autenticadas de las planillas de distribución de turnos médicos pediatras (fls. 30 a 60 *ibídem*) que fueron aportadas por la entidad demandada y que explica su apoderada (fls. 26 a 29 *ibídem*), se verifica en el plenario que los días domingos y festivos que trabajó el actor fueron debidamente compensados.

Así las cosas, la sentencia consultada deberá revocarse en la parte que accedió a las súplicas de la demanda y, en su lugar, se negarán las pretensiones a que ella se refiere. Como la parte actora no recurrió la sentencia en la que le fue desfavorable y la consulta se surte en favor de la administración, no es dable jurídicamente analizar aquellos aspectos en que se pronunció el a-quo en forma negativa frente a las demás peticiones hechas por el demandante 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:

Revócanse los numerales 1o. y 2o. de la parte resolutiva de la sentencia consultada, proferida el 8 de septiembre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el proceso promovido por el señor Gabriel Cuentas Villegas contra el Instituto de Seguros Sociales.

En su lugar, deniéganse las pretensiones a que ellos se refieren.

Confírmase en lo demás la sentencia consultada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 15 de junio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

NACIONALIZACIÓN DE LA EDUCACIÓN/PERSONAL DOCENTE/ASIGNACIÓN BÁSICA MENSUAL

A partir de la sanción de la ley 43 de 1975, la educación primaria y secundaria oficial se convirtió en un servicio público a cargo de la Nación y los gastos que ocasione su prestación y que en esa fecha sufragaban los departamentos, intendencias y comisarías y el Distrito Especial de Bogotá pasaron a ser cuenta de la Nación, en los términos establecidos en dicha ley. En el artículo 4o. *ibídem* para los efectos de esa ley se congeló el monto de las asignaciones que las entidades territoriales habían aprobado en materia de educación secundaria, tomando como tope los presupuestos aprobados por las asambleas departamentales, por los concejos municipales y por el concejo distrital para 1975, advirtiendo que cualquier suma que excediera los guarismos allí señalados correrá siempre a cargo de la respectiva entidad territorial. En ejercicio de las facultades conferidas por la ley 5a. de 1978, se expidió el decreto No. 0715 del 20 de abril de 1978, cuyo artículo sexto se estipuló que el personal docente de cualquier categoría que recibiera asignación básica mensual superior a la señalada para la categoría correspondiente en el escalafón nacional docente, continuaría percibiendo la remuneración mayor, con excepción de quienes se vincularan al servicio o cambiaran de categoría a partir de la fecha de expedición de ese decreto.

PERSONAL DOCENTE-Valle del Cauca/**PRIMA ACADÉMICA**

El Departamento del Valle del Cauca, con anterioridad a la vigencia del decreto 0715/78 y mediante Decreto Departamental No. 1379 de 22 de agosto de 1977, se había previsto que desde su firma, el personal docente que se

vinculara a esa entidad territorial a nivel de enseñanza secundaria tendría como asignación básica, horas extras y prima académica los valores fijados en el decreto nacional No. 1437 de 29 de junio de 1977, lo que a contrario sensu implica que sólo los educadores que se hallaban vinculados a dicho nivel antes de la expedición del decreto 1379, percibirían la prima académica en los términos establecidos en estatutos dictados antes del decreto 1437, y que los que iniciaran labores posteriormente, se regirían por lo normado en este último decreto. Ello explica por qué en el artículo 5o. del decreto departamental 1435 de 1978 demandado, se puntualizó que sólo el personal licenciado de Educación Básica y Media de 1a. y 2a. categoría a quienes se le reconocía prima académica hasta la vigencia del decreto 1379 tendría derecho a percibir el incremento del 20% del sueldo que allí se decretó, precisión válida en concepto de la Sala, pues el Departamento del Valle del Cauca podía decretar aumentos de la prima académica al personal docente que laboraba en su territorio y también podía disponer válidamente en forma discrecional qué educadores se beneficiarían con dicha prima, sin que sea de recibo el argumento del libelista en el sentido de que ordenanza 125 de 1968 que la creó no establecía tal discriminación, pues dicha ordenanza dejó de regir al producirse la "nacionalización" de la enseñanza oficial a esos niveles, de conformidad con el numeral 2o. del artículo 66 del C.C.A.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente No. 5408. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: JOSÉ JESÚS SARMIENTO IDÁRRAGA.

Consejero Ponente: DR. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 13 de septiembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

ANTECEDENTES

José Jesús Sarmiento Idárraga, ciudadano colombiano, en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el Artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda la declaración de nulidad del artículo 5o. del decreto departamental No. 1435 de 11 de agosto de 1978 por medio del cual se consagró el derecho de prima académica sólo para el personal docente licenciado en educación básica media de la primera y segunda categoría a quienes se les reconoció dicha prima hasta la vigencia del Decreto 1379 de 22 de agosto de 1977 y la del Decreto Reglamentario No. 1102 de 12 de junio de 1980.

LA SENTENCIA

El Tribunal negó las súplicas de la demanda por cuanto, al igual que el Fiscal de la Corporación, considera de que la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca sí estaba autorizado por la asamblea departamental por medio de la ordenanza 125 de 1968,

para fijar las asignaciones mensuales del personal docente de esa entidad territorial; que a pesar de haberse unificado por medio del Decreto 715 de 1978 los ingresos o asignaciones básicas del personal docente del Ministerio de Educación Nacional, en virtud de la excepción consagrada en el artículo 6o. *ibídem*, a los docentes que venían percibiendo podía seguírseles pagando. Por tanto, asegura el *a-quo*, al expedirse los decretos demandados que aumentaron el valor de ella a un 20% del salario que aquellos devengaban, y restringieron su pago a los mencionados educadores, no se infringieron las normas superiores invocadas en la demanda porque "el Gobierno Departamental no podía, por expresa prohibición legal, ordenar el pago de una prima académica cuyo origen era eminentemente departamental, para los docentes que se vincularan al servicio con posterioridad al día 20 de abril de 1978, fecha en la cual comenzó a regir el tantas veces citado Decreto 715 de 1978, por cuanto ello equivaldría a una modificación del régimen salarial y prestacional." (folio 49).

EL RECURSO

La parte actora al sustentar el recurso de alzada expresa que no es cierto que el artículo 70 de la ordenanza 125 de 1968 autorice "al gobernador para ir en contravía del derecho, puesto que en ningún momento la ordenanza discrimina en términos de tiempo los educadores que percibirán la prima académica y los que no la percibirán hacia el futuro pues es de principio de derecho, que allí donde la ley no distingue, no puede el intérprete entrar a distinguir o diferenciar." (folio 52).

Arguye también que no es del caso tener en cuenta las disposiciones de orden nacional que se mencionan en el fallo, porque ellas no consagran el desconocimiento de derechos adquiridos por los educadores, ni la prohibición de seguir ordenando el pago de una prima académica de origen departamental, pues tales disposiciones son respetuosas de las conquistas laborales de los educadores de las distintas entidades territoriales.

Finalmente, el demandante expresa que "En ninguna parte de la sentencia, ni del proceso se demuestra que el gobernador del departamento tenga autorización expresa de la asamblea para apartarse y contravenir lo dispuesto en el texto de la ordenanza 125 del 60." (folio 52)

EL CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía Cuarta de la Corporación en la vista reglamentaria conceptúa que el fallo apelado amerita ser confirmado, por cuanto el gobernador del Valle del Cauca "sí estaba autorizado, por el artículo 7o. de la Ordenanza 125 de 1968, para la reglamentación de la misma, y que, luego de la nacionalización de la Educación –Ley 43 de 1975–, se unificó la remuneración del Magisterio, prohibiéndose a las entidades territoriales, como los departamentos –y para el caso– modificar su remuneración, y conservándose, excepcionalmente, la remuneración mayor que devengasen con anterioridad a la nacionalización, conforme en los artículos 6o. y 11 del Decreto 715 de 1978." (folio 63).

Consiguientemente, concluye, el funcionario mencionado mediante los actos acusados "solo cumplió lo dispuesto en la Ordenanza y Decreto Nacional tantas veces citados, y por consiguiente, con ellas no violó disposición constitucional o legal superior alguna." (folios 63 y 64).

Procede la Sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES:

Las disposiciones demandadas son el artículo 5o. del Decreto 1435 de 1978 de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca que es del siguiente tenor:

ARTÍCULO QUINTO. - PRIMA ACADÉMICA

"Sólo el personal docente Licenciado de Educación Básica Media de 1a. y 2a. categoría a quienes se les reconocía la Prima Académica hasta la vigencia del Decreto No. 1379 de agosto 22 de 1977, continuará gozando de dicha prestación en la misma proporción del 20% de su sueldo básico fijado en el artículo primero de este Decreto." (folio 3).

Y el decreto 1102 de 12 de junio de 1980, cuyo texto es:

"Por el cual se adiciona y se modifica el artículo 2o. del Decreto Departamental No. 1435 de agosto 11 de 1976.

EL GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, en uso de sus atribuciones legales,

DECRETA:

ARTÍCULO PRIMERO.- El artículo 5o. del Decreto Departamental No. 1435 de 1978 quedará así:

DE LA PRIMA ACADÉMICA

El personal docente Licenciado de Educación Básica Media de Primera y Segunda categoría a quienes se les reconocía la Prima Académica hasta la vigencia del Decreto 1379 de agosto 22 de 1977 continuarán gozando de dicha prestación en la misma proporción del 20% del sueldo básico.

PARÁGRAFO PRIMERO.- Así mismo se consagra el derecho de la Prima Académica para el personal docente que laboraba en Educación Básica Media e Intermedia que se encontraba vinculado el 22 de agosto de 1977 de tiempo completo y llene los siguientes requisitos: matriculado como alumno regular de una Universidad aprobada estudiando Licenciatura de Educación y adquiera el título de Licenciado en Ciencias de la Educación antes del 30 de diciembre de 1982 y esté en Primera o Segunda categoría.

PARÁGRAFO SEGUNDO.- La vinculación se demostrará con Acta de posesión, la Licenciatura con Acta de Grado y Certificados de estudios de las fechas comprendidas en el artículo 1o. del presente Decreto.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Santiago de Cali, a los 12 días del mes de junio de mil novecientos ochenta (1980)." (folio 1).

Para determinar la significación exacta del Decreto 1435 de 1978 en general, y en particular de la de su Artículo 5o., debe tenerse presente lo siguiente:

1) A partir de la sanción de la ley 43 de 1975, la educación primaria y secundaria oficial se convirtió en un servicio público a cargo de la Nación y los gastos que ocasione su prestación y que en esa fecha sufragaban los departamentos, intendencias y comisarías y el Distrito Especial de Bogotá pasaron a ser de cuenta de la Nación, en los términos establecidos en dicha ley (artículo 1o.).

2) En el artículo 4o. *ibídem* para los efectos de esa ley se congeló el monto de las asignaciones que las entidades territoriales habían aprobado en materia de educación secundaria, tomando como tope los presupuestos aprobados por las asambleas departamentales, por los concejos municipales y por el concejo distrital para 1975, advirtiendo que cualquier suma que excediera los guarismos allí señalados correrá siempre a cargo de la respectiva entidad territorial.

3) En ejercicio de las facultades conferidas por la ley 5a. de 1978, se expidió el decreto No. 0715 del 20 de abril de 1978, en cuyo artículo sexto se estipuló que el personal docente de cualquier categoría que recibiera asignación básica mensual superior a la señalada para la categoría correspondiente en el escalafón nacional docente, continuaría percibiendo la remuneración mayor, con excepción de quienes se vincularan al servicio o cambiaran de categoría a partir de la fecha de expedición de ese decreto.

4) Pero en el departamento del Valle del Cauca, con anterioridad a la vigencia del citado decreto y mediante decreto departamental No. 1379 de 22 de agosto de 1977 se había previsto que desde su firma, el personal docente que se vinculara a esa entidad territorial a nivel de enseñanza secundaria tendría como asignación básica, horas extras y prima académica los valores fijados en el decreto nacional No. 1437 de 29 de junio de 1977, lo que a contrario sensu implica que sólo los educadores que se hallaban vinculados a dicho nivel antes de la expedición del decreto 1379, percibirían la prima académica en los términos establecidos en estatutos dictados antes del decreto 1437, y que los que iniciaran labores posteriormente, se regirían por lo normado en este último decreto.

Ello explica por qué en el artículo 5o. del decreto 1435 de 1978, se puntualizó que sólo el personal licenciado de Educación Básica y Media de 1a. y 2a. categoría a quienes se le reconocía prima académica hasta la vigencia del decreto 1379 tendría derecho a

percibir el incremento del 20% del sueldo que allí se decretó, precisión válida en concepto de la Sala, pues el Departamento del Valle del Cauca podía decretar aumentos de la prima académica al personal docente que laboraba en su territorio y también podía disponer válidamente en forma discrecional qué educadores se beneficiarían con dicha prima, sin que sea de recibo el argumento del libelista en el sentido de que la ordenanza 125 de 1968 que la creó no establecía tal discriminación, pues dicha ordenanza dejó de regir al producirse la "nacionalización" de la enseñanza oficial a esos niveles, de conformidad con el numeral 2o. del artículo 66 del C.C.A. .

No se entra a examinar la legalidad misma de la prima por no haber sido demandada.

Ahora resulta imprescindible destacar que el demandante no cuestionó la validez del decreto 1379 de 1977 a que se hizo mención y no enfocó la impugnación de los actos acusados desde la óptica de ausencia de facultades extraordinarias en el gobernador para expedir los decretos 1435 de 1978 y 1102 de 1980, decretos que dada la presunción legal que los ampara se entienden expedidos de conformidad con las normas que regulan la materia.

De otra parte y como del análisis comparativo de los artículos 1o. del decreto 1102 de 1980 y 5o. del decreto 1435 de 1978, se infiere inequívocamente que el primero ea una versión mejor redactada del último, al no exponerse razones especiales de impugnación respecto de aquél, ya que en la demanda se indicó en forma genérica las disposiciones que se consideran violadas por las normas acusadas, la Sala considera que los planteamientos consignados en este proveído y que llevaron a la conclusión de que el Artículo 5o. del Decreto 1435 de 1978 se ajusta a derecho, son suficientes para inferir que el artículo 1o. del Decreto 1102 tampoco transgrede las disposiciones a que alude el accionante.

Resta agregar que en la demanda no se dijo por qué se consideraba contrario a derecho el parágrafo 2o. del decreto últimamente citado que consagró el derecho a percibir la prima académica para el personal docente que laboraba en educación básica, media e intermedia que se encontraba vinculado el 22 de agosto de 1977 y que comprobara estar matriculado en una Universidad aprobada estudiando licenciatura en educación y adquiera el respectivo título antes del 30 de diciembre de 1982. Consiguientemente, la Sala se abstendrá de efectuar el estudio sobre su validez jurídica, por carecer de marco de referencia para ello.

De acuerdo con lo expuesto, procede la confirmación del fallo apelado denegatorio de las súplicas de la demanda.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 13 de septiembre de 1990 del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por José Jesús Sarmiento Idárraga a fin de obtener la nulidad del artículo 5o. del Decreto Departamental No. 1435 de 1978 y del Decreto 1102 de 1980.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 29 de junio de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

ACCIÓN DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO/ACTO SIN CUANTÍA/CONSEJO DE ESTADO/COMPETENCIA/ACTO DE COMUNICACIÓN/NULIDAD PROCESAL

En el *sub-lite* se acusan actos del nivel nacional –expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social– y que se ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no puede consistir sino en hacer desaparecer del ámbito jurídico la conminación bajo amenaza de sanción a la Caja Agraria para que cumpla la aludida obligación –cancelación auxilio de transporte– y de eliminar, por ende, la posibilidad de que se le imponga a esa entidad una sanción pecuniaria en caso de no hacerlo, mas no en el reintegro de suma alguna de dinero, porque sólo en el evento de que la demandante persistiera en la inobservancia de tal obligación, se concretizaría la multa con la que se le intimida. El artículo 128 numeral 3) del C.CA. señalada que el Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia, y en forma privativa de los procesos de restablecimiento del derecho que, como el presente, carecían de cuantía, en los cuales se controvierten actos de carácter nacional, al conocer el Tribunal Administrativo del Tolima de este proceso se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el artículo 140 del ordinal 2o. del Código de Procedimiento Civil, la cual no es subsanable, por disposición del artículo 140 *ibídem.*

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 5901. AUTORIDADES DEPARTAMENTALES. Actor: CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO.

Con el fin de que se surtiera la apelación de la sentencia fechada el 29 de abril de 1991, el Tribunal Administrativo del Tolima remitió a esta Corporación el presente proceso, el cual estaría para dictar el respectivo fallo.

En la demanda, previa petición de nulidad de las resoluciones números 014 y 018 de 1989 expedidas por el Coordinador de Relaciones Colectivas Individuales y de Inspección de la División de Trabajo y Seguridad Social del Tolima del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y de la resolución número 085 del 18 de septiembre del mismo año, originaria de la División Departamental de Trabajo y Seguridad Social del Tolima de dicho ministerio, por las cuales se requirió al señor Luis Fernando Alcázar Jaramillo, en su calidad de Subgerente de la sucursal de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero de Ibagué, para que en el término de treinta (30) días diera cumplimiento tanto a la Convención Colectiva de Trabajo como a las normas legales sobre Auxilio de Transporte, so pena de ser sancionado conforme a lo normado en el artículo 24 de la Ley 11 de 1984, la entidad actora solicitó a título de restablecimiento del derecho que "en el evento de que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social imponga alguna sanción a la Caja Agraria como consecuencia de lo ordenado en la Resolución No. 014 de fecha 30 de mayo de 1989, reintegre los valores objeto de las multas, y demás sumas consecuentes de su aplicación" (folio 94).

Infiérese de lo anterior, que en el *sub-lite* se acusan actos del nivel nacional –expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social– y que se ejercita la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, que no puede consistir sino en hacer desaparecer del ámbito jurídico la conminación bajo amenaza de sanción a la Caja Agraria para que cumpla la aludida obligación –cancelación auxilio de transporte– y de eliminar, por ende, la posibilidad de que se le imponga a esa entidad una sanción pecuniaria en caso de no hacerlo, mas no en el reintegro de suma alguna de dinero, porque solo en el evento de que la demandante persistiera en la inobservancia de tal obligación, se concretizaría la multa con la que se le intimida.

Hasta ahí puede alcanzar el restablecimiento del derecho que válidamente puede impetrar la Caja Agraria; ir más allá, esto es, hasta donde pretende la actora no sería viable, toda vez que no es dable ordenar la devolución de los supuestos valores que a título de sanción podría cancelar la Caja, por cuanto no se ha dado la penalización de la misma, ni determinado el valor de la multa que se le impondría.

El artículo 128 numeral 3) del C.C.A. señala que el Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia y en forma privativa, de los procesos de restablecimiento del derecho que, como el presente, carezcan de cuantía, en los cuales se controvierten actos de carácter nacional, como son los que aquí se demandan ya que fueron expedidos por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Como quiera que la competencia para conocer de los procesos contencioso administrativo no puede alterarse al arbitrio del juez o de las partes, sino que está señalada expresamente en la ley, al conocer el Tribunal Administrativo del Tolima de

este proceso se incurrió en la causal de nulidad contemplada en el artículo 140 del ordinal 2o. del Código de Procedimiento Civil, la cual no es subsanable, por disposición del artículo 44 *ibídem.*

De otro lado, como la actuación que adelanta el Juez que no tiene competencia es nula por ministerio de la ley la nulidad debe comprender todo lo actuado a partir del momento en que aquél ha intervenido o sea, desde el auto admisorio de la demanda inclusive, con las salvedades de que trata el artículo 146 del citado código, respecto de la prueba practicada en el proceso.

Dados los anteriores presupuestos y en aplicación del artículo 145 del Código de Procedimiento Civil, se dispone:

Declárase nulo lo actuado en el proceso, a partir del auto admisorio inclusive, fecha el 11 de julio de 1990, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima (folios 101 a 105).

Téngase en su valor la prueba practicada, en los términos del artículo 146 del Código de Procedimiento Civil.

Ejecutoriado y en firme este proveído, vuelva al despacho.

Infórmese al Tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

ALVARO LECOMPTE LUNA

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

VIOLACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN-Improcedencia/**PRINCIPIOS GENERALES**-Desarrollo Legal

No es posible hacer una confrontación directa entre las normas acusadas y los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política, porque tales preceptos consagran principios generales cuya aplicación opera a través del desarrollo que haga la ley, de manera que sólo podrá llegarse a la certidumbre de que viola la especial protección al trabajo, o la irrenunciabilidad de los principios mínimos establecidos por la ley, o los derechos adquiridos conforme a ella, si se vulneran las normas legales que establecen en concreto tal protección, o los principios mínimos irrenunciables, o la normatividad que haya conferido los derechos que se consideran adquiridos.

FUNCIONARIO JUDICIAL/ESCALA SALARIAL/GOBIERNO NACIONAL-Atribuciones/**RAMA JUDICIAL/RÉGIMEN SALARIAL/DERECHOS ADQUIRIDOS**-Inexistencia/**PRIMA TÉCNICA/LEY DE SALARIOS**-Aplicación

En vigencia de la Constitución Política de 1886, era de la potestad soberana del Congreso definir las escalas salariales de las distintas categorías de empleos, pero a partir de la Constitución de 1991, esta potestad le fue conferida al Gobierno Nacional, sujetando su ejercicio a los objetivos y criterios que fije el Congreso mediante una ley general, según lo dispuso el contribuyente en el art. 150, num. 19. Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la ley 4a. de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar, mediante decreto, el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados de la rama jurisdiccional. Bien podía por tanto el Gobierno, si no contrariaba la ley especial dictada para

el efecto, modificar el sistema de remuneración de los empleados de la rama jurisdiccional, incluida la remuneración mínima mensual de los funcionarios, y para ello podía señalar un valor determinado, o conservar el sistema legal anterior, indicando una base y un porcentaje que permitiera determinarla. Cabe analizar si al cambiar el sistema de remuneración el gobierno nacional desconoció derechos adquiridos de los servidores que es lo que finalmente constituye el concepto de violación que se construye contra los actos censurados. Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la Sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho. Por consiguiente, no puede alegarse derecho adquirido a la legislación anterior en el sentido en que lo pretende el demandante. o sea, en el sentido de que la norma es inmodificable cuando rige situaciones particulares. Los derechos individuales adquiridos, se repite, sólo pueden determinarse en cada caso particular, cuando frente a un cambio de legislación, quien tenga un derecho causado invoque la ley vigente para cuando nació su derecho, pues el derecho no es a la intangibilidad de la ley, sino a los derechos laborales consolidados. Las normas acusadas que disponen que ni las primas técnica y especial asignadas en el régimen salarial ordinario de los magistrados de las Cortes, ni el régimen salarial optativo de los mismos, se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios, no son violatorias de las leyes invocadas como infringidas y que por consiguiente, no ha tenido ocurrencia la vulneración de las normas constitucionales citadas en el libelo demandatorio. Por las mismas razones tampoco lo es el señalamiento de la asignación básica mensual del artículo 11 acusado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D.C., diez y siete (17) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 7501. DECRETOS DEL GOBIERNO. Actores: José H. Bolaños Muñoz.

1. El Doctor José H. Bolaños Muñoz, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad, presentó demanda ante esta Corporación solicitando la declaración de nulidad, por inconstitucionalidad del "decreto ley No. 903 de junio 2 de 1992", por el cual se dictan unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar y se dictan otras disposiciones, así:

a) Inciso 4o. del artículo 1o., en el aparte "...y no se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de la Ramas del poder, entidades u organismos del Estado".

b) Artículo 3o., en cuanto dice "y no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las ramas, organismos o instituciones del sector público".

c) Artículo 11, en cuanto señala las asignaciones así: "Para los Magistrados del Tribunal y sus Fiscales Grado 21, trescientos cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y cinco pesos ($356.435.00) moneda corriente de asignación mensual. El cincuenta por ciento (50%) del salario mensual, tendrá el carácter de gastos de representación, únicamente para efectos fiscales".

d) Artículo 21, inciso 1o., que dice "Los funcionarios y empleados a que se refiere este Decreto, no podrán devengar por concepto de asignación básica más primas, suma superior a la remuneración mensual que le corresponda a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, por concepto de salario básico y gastos de representación, dentro del régimen de que trata el artículo 2o. de este Decreto".

Solicitó además la suspensión provisional de las normas acusadas.

2. Como fundamentos de hecho, señala que:

1. La ley 4a. de 1992, considerada ley marco, determinó en su artículo 2o. que la fijación del régimen salarial y prestacional que haga el gobierno, tendrá en cuenta entre los objetivos y criterios, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del estado dentro del régimen general, como en los regímenes especiales y en ningún caso podrá desmejorar sus salarios y prestaciones sociales; además, que se tendrá en cuenta la concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del estado y de las condiciones de trabajo. El artículo 10o. de la citada ley estableció que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las disposiciones contenidas en la ley carecerá de todo efecto.

2. La ley 10a. de 1987, dispuso que la remuneración mensual mínima de los cargos de Magistrados Auxiliares, no será inferior al 80% de la remuneración total que devengan los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado; la ley 63 de 1988, estableció la remuneración para los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativo, de Aduana y Fiscales.

Cita como normas violadas los artículos 25, 53, 58, 150 literal e, 256 numeral 5o. de la Constitución Nacional, Ley 10a. de 1987, Ley 63 de 1988, Ley 4a. de 1992.

Estima que al expedir el Gobierno el Decreto acusado, no basándose para la determinación del salario en el 80% que estableció la Ley 63 de 1988, sino en el 27.2% aproximadamente, se desconocieron los derechos adquiridos de unos funcionarios de la

Rama Judicial y de la Fiscalía, como son los Magistrados de Tribunales Superiores y Administrativos y por ende los Fiscales, y se contrariaron abiertamente los postulados de la Ley 4a. de 1992 y simultáneamente las normas constitucionales citadas.

Con la determinación de la administración se violó el derecho al trabajo, pues en vez de proteger el principio, se les desprotege y aminora sus condiciones establecidas en la Ley 63 de 1988 y Ley 10a. de 1987, por desconocer que la remuneración del 80% del salario fijado para los Magistrados de la Corte y el Consejo de Estado, corresponde a los funcionarios incluidos en las leyes citadas, contrariando así el literal a) artículo 2o. de la ley 4a. de 1992, que pregonó la imposibilidad de desmejorar los salarios y prestaciones.

Se violó en consecuencia el artículo 53 y 58 de la Constitución Nacional, sobre irrenunciabilidad de los beneficios adquiridos con arreglo a las leyes.

3. Mediante auto de 21 de julio de 1993, se negó la suspensión provisional solicitada en la demanda, se admitió la misma y se ordenaron las notificaciones correspondientes (folio 34).

4. En la contestación de la demanda (folios 60-64) el apoderado de la Nación - Ministerio de Justicia, se opone a las pretensiones del libelo y plantea que de conformidad con la ley 153 de 1987, las leyes 10a. de 1987 y 63 de 1988, han quedado insubsistentes, en razón a que la ley 4a. de 1992, regula íntegramente la materia a que se refieren las aludidas leyes. Además argumenta que no existe quebrantamiento alguno de los textos constitucionales citados en la demanda.

5. La Procuraduría Novena Delegada del Consejo de Estado, en su concepto de fondo, señala que el decreto No. 903 de 1992 dictado por el Presidente de la República, en ejercicio de la competencia señalada en el artículo 150 numeral 19, literal e) de la Carta y en desarrollo de las normas generales de la ley 4a. de 1992, es un decreto reglamentario que desarrolla las normas generales consagradas en la ley marco, para la cual es imperativo atender los objetivos y criterios señalados por el legislador, porque así lo manda la Constitución.

La ley 4a. de 1992, en su artículo 2o. literal a) y artículo 10o. determinó para la determinación de los derechos salariales.

Tanto la ley 10a. de 1987, como la ley 63 de 1988, dispusieron que en ningún caso la remuneración mínima mensual de los funcionarios ya citados, será inferior al 80% de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

De conformidad con el artículo 1o. del decreto No. 903, la prima especial creada por los Magistrados de las altas cortes, no tiene carácter salarial y es exclusiva para ellos, criterio reiterado por el decreto No. 873 de junio 2 de 1992.

La prima técnica establecida en el decreto No. 1016 de 1991 a favor de los Magistrados de la Corte, Consejo de Estado y Tribunal Disciplinario, está dada en

atención a las calidades excepcionales que se exigen para el ejercicio de las funciones propias de esos empleos (artículo 1o.) no constituye factor salarial y no se tendrá en cuenta para la determinación del salario de otros funcionarios.

Lo anterior permite concluir a la Procuraduría que el inciso 5o. del artículo 1o. del decreto 903 de 1992 acusado, no es voluntario de la normatividad invocada, porque la prima técnica y especial de servicios tiene carácter de "beneficio exclusivo" para, entre otros, los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado. Los decretos que la establecieron tienen fuerza legislativa y son posteriores a la ley 10a. de 1987 y 63 de 1988, siendo modificatorios del régimen especial contenido en las precitadas leyes, en cuanto excluyen, por su carácter de exclusividad, los montos correspondientes por la prima técnica y especial de servicios.

En cuanto al artículo 2o. del decreto 903 de 1992, dice que señala un régimen salarial optativo para magistrados de la Corte, Consejo de Estado, etc., constituido por asignación básica, gastos de representación y prima especial de servicios de la ley 4a. de 1992, en esta remuneración total se incluye la prima especial de servicios del artículo 15 de la ley 4a. de 1992.

En consecuencia la prima de servicios por su exclusividad, debe ser excluida de la remuneración total de los Magistrados ya señalados, para determinar el 80% que correspondiera a los beneficiarios de la ley 10a. de 1987 y 63 de 1988.

Se tendría entonces que por concepto de asignación básica y gastos de representación la suma ascendería a 1.800.000.oo, cuyo 80% es equivalente a $1.440.000.oo, cantidad muy superior a la que se establece en el parágrafo del artículo 11 ($724.960) como remuneración mínima mensual de los servidores allí enlistados, monto que el gobierno debió respetar al expedir el decreto 903 de 1992. Sin embargo esta norma no fue acusada por el demandante.

Finalmente, respecto al artículo 21 del decreto 903 de 1992, inciso primero, también objeto de la acusación, conceptúa que antes de ser violatorio de las leyes 10a. y 63, armoniza con ellas.

CONSIDERACIONES:

Ya en el auto que denegó la suspensión provisional de las normas acusadas, la Sala expresó que no es posible hacer una confrontación directa entre las normas acusadas y los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política, porque tales preceptos consagran principios generales cuya aplicación opera a través del desarrollo que haga la ley, de manera que sólo podrá llegarse a la certidumbre de que se viola la especial protección al trabajo, o la irrenunciabilidad de los principios mínimos establecidos por la ley, o los derechos adquiridos conforme a ella, si se vulneran las normas legales que establecen en concreto tal protección, o los principios mínimos irrenunciables, o la normatividad que haya conferido los derechos que se consideran adquiridos.

Deberá entonces la Sala examinar las normas acusadas frente a los artículos 2 y 10 de la ley 4a. de 1992, 1o. de la ley 10 de 1987 y 1o. de la ley 63 de 1988 citadas como infringidas en la demanda.

El silogismo que se presenta como desarrollo del concepto de la violación puede resumirse así: las leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, arts. 1o., fijaron como remuneración mínima mensual de los magistrados auxiliares, magistrados de los tribunales superiores y contencioso administrativo, de aduanas y sus fiscales, el 80% de la remuneración total que devenguen los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. La ley 4a. de 1992 señaló como criterio que debe tener en cuenta el Gobierno Nacional al expedir los decretos de fijación del régimen salarial y prestacional entre otros, de los empleados de la rama judicial, el respeto de los derechos adquiridos de los servidores, tanto del régimen general como de los regímenes especiales y agregó: "En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales". El Decreto 903 de 1992 en sus partes acusadas no respetó la remuneración mínima mensual señalada por las normas anteriores, que era un derecho adquirido de los funcionarios ya citados, luego el Decreto 903 violó la ley 4a. de 1992.

Debe en primer término examinar la Sala si el Decreto 903 de 1992 podía o no modificar las leyes 10 de 1987 y 63 de 1988, pues la acusación se refiere a que no podía el decreto del gobierno nacional desconocer la base y el porcentaje que las citadas leyes señalaban para determinar la remuneración mensual mínima.

Cabe anotar entonces, que en vigencia de la Constitución Política de 1886, era de la potestad soberana del Congreso definir las escalas salariales de las distintas categorías de empleos, pero a partir de la Constitución de 1991, esta potestad le fue conferida al Gobierno Nacional, sujetando su ejercicio a los objetivos y criterios que fije el Congreso mediante una ley general, según lo dispuso el constituyente en el artículo 150, numeral 19.

Dentro de este nuevo reparto de competencias, el Congreso dictó la ley 4a. de 1992, de carácter general, y el gobierno quedó habilitado para fijar. mediante decreto, el régimen salarial y prestacional, entre otros, de los empleados de la rama jurisdiccional.

Bien podía por tanto el gobierno, si no contrariaba la ley especial dictada para el efecto, modificar el sistema de remuneración de los empleados de la rama jurisdiccional, incluida la remuneración mínima mensual de los funcionarios, y para ello podía señalar un valor determinado, o conservar el sistema legal anterior, indicando una base y un porcentaje que permitiera determinarla.

En el decreto 903 de 1992 el gobierno optó por lo primero, al disponer en el parágrafo del artículo 11 que:

> "Los Magistrados Auxiliares y Abogados Asistentes del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, y del Consejo de Estado; los

> Magistrados del Tribunal y sus Fiscales Grado 21 y los Jueces de Orden Público cuya remuneración corresponda a la señalada para el Grado 21, tendrán una remuneración mínima mensual de setecientos veinticuatro mil novecientos sesenta pesos ($724.960). Esta remuneración se aplicará cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales sean inferiores a dicho valor".

Igualmente en el inciso 4o. del artículo 1o. dispuso, refiriéndose a la prima técnica y a la prima especial de servicios de los magistrados de las altas cortes, con régimen salarial ordinario, que:

> "...no se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de las Ramas del poder, entidades u organismos del estado..."

En el artículo 3o. dispuso que el régimen salarial y prestacional optativo previsto para los mismos funcionarios.

> "...no se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquiera de la ramas, organismos o instituciones del sector público".

En el artículo 11 señaló el monto de la asignación básica mensual para magistrados del tribunal y sus fiscales, y en su artículo 21 prescribió:

> "Los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, no podrán devengar por concepto de asignación básica más primas, suma superior a la remuneración mensual que le corresponda a los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia por concepto de salario básico y gastos de representación, dentro del régimen de que trata el artículo 2o. de este decreto".

Así, se dispuso un cambio de sistema salarial en el que la remuneración mínima mensual de los empleados quedó desligada de la remuneración de los magistrados de las cortes.

Curiosamente la demanda no censura el parágrafo del artículo 11 que fue el que señaló la remuneración mínima mensual de los funcionarios a que ella se refiere, sino las normas transcritas restantes, pero para el estudio de la censura estima la Sala pertinente ocuparse de las modificaciones que en conjunto implicaron todas estas disposiciones, dejando de lado el análisis del artículo 21, contra el cual, como bien lo dice la señora Agente del Ministerio Público, no cabe el concepto de violación que expresa el libelo, pues esta norma no se refiere en forma alguna al salario mínimo mensual, sino al máximo permitido.

Ciertamente la ley 4a. de 1992, norma general que expidió el Congreso de acuerdo con la facultad del artículo 150 numeral 19 de la Carta, para señalar los objetivos y criterios a los cuales debía sujetarse el gobierno para fijar el régimen salarial de, entre otros, los empleados de la rama judicial, dispuso en su artículo 2o. que debían respetarse los

derechos adquiridos de los servidores del Estado y en el artículo 10 que todo régimen salarial o prestacional que se establezca contraviniendo las prescripciones de la ley carecería de efecto, por lo cual cabe analizar si al cambiar el sistema de remuneración el gobierno nacional desconoció derechos adquiridos de los servidores que es lo que finalmente constituye el concepto de violación que se construye contra los actos censurados.

Respecto de los derechos adquiridos de los servidores públicos ha dicho la Sala que solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho.

La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos derechos que se consideran han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir, que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de tipo general y abstracto.

La vinculación de un empleado público se produce por un acto condición que tiene por objeto colocar a una persona en una situación jurídica general, preexistente, de carácter objetivo y de creación unilateral, modificable en cualquier momento en que sea necesario al interés público. El señalamiento de las condiciones salariales y prestacionales de los servidores públicos, hacen parte de esa situación jurídica de carácter general de derecho público y es por ello eminentemente modificable.

Por consiguiente, no puede alegarse derecho adquirido a la legislación anterior en el sentido en que lo pretende el demandante, o sea, en el sentido de que la norma es inmodificable cuando rige situaciones particulares. Los derechos individuales adquiridos, se repite, sólo pueden determinarse en cada caso particular, cuando frente a un cambio de legislación, quien tenga un derecho causado invoque la ley vigente para cuando nació su derecho, pues el derecho no es la intangibilidad de la ley, sino a los derechos laborales consolidados.

Es corriente que cuando el legislador varía las condiciones salariales o prestacionales de los empleados, deja a salvo los derechos adquiridos, pero aún cuando no se diga expresamente, debe entenderse que ello es así; por ejemplo, en los casos de cambio de los requisitos para adquirir el derecho a una pensión o el sistema de la determinación de su monto, debe entenderse que el nuevo régimen no rige para quienes han consolidado su derecho subjetivo pensional con fundamento en la ley anterior. Pero lo que no puede jurídicamente aceptarse es que a título general y abstracto los magistrados, abogados, fiscales y jueces tengan derecho adquirido a la intangibilidad de una legislación que en

algún tiempo relacionó porcentualmente su remuneración mínima mensual con la remuneración de otros funcionarios.

En este orden de ideas, ha de concluir la Sala que las normas acusadas que disponen que ni las primas técnica y especial asignadas en el régimen salarial ordinario a los magistrados de las Cortes, ni el régimen salarial optativo de los mismos, se tendrá en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios, no son violatorias de las leyes invocadas como infringidas y que por consiguiente, no ha tenido ocurrencia la vulneración de las normas constitucionales citadas en el libelo demandatorio. Por las mismas razones tampoco lo es el señalamiento de la asignación básica mensual del artículo 11 acusado. Habrá lugar entonces a la denegación de las pretensiones 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:

NIÉGANSE las súplicas de la demanda.

Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

El anterior proyecto fue estudiado, aprobado y ordenada su publicación por la Sala en sesión celebrada el día veintidos (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

JUEZ PENAL MILITAR/REMUNERACIÓN/DERECHOS ADQUIRIDOS- Inexistencia

Como eje fundamental de la impugnación, el accionante expone que el salario señalado en el decreto demandado para los jueces de instrucción penal militar es inferior al que les correspondía habida consideración de que para efectos salariales en el régimen anteriormente vigente se hallaban ubicados al igual que los jueces del circuito, en el grado 17 y a estos últimos se les señaló una remuneración de $1.218.750. Dice que la remuneración de los jueces de instrucción penal militar se igualó a la de los jueces municipales y a la de los auditores auxiliares de guerra, cuando dichos jueces se hallaban ubicados antes en un grado inferior al que ellos ostentaban y los aludidos auditores auxiliares eran empleados del orden administrativo, sin mayores exigencias de calidades, comparativamente con las requeridas para desempeñar el cargo de juez penal militar. Nada se dice en estas disposiciones acerca del régimen salarial de los jueces de instrucción penal militar, ni se dan derroteros para determinar su remuneración. Tampoco se les equipara para ningún efecto con los jueces del circuito o con los auditores principales de guerra; de suerte que con base en él no puede reclamarse para ellos remuneración igual a la que devengan estos funcionarios. En cuanto a la transgresión del art. 2 de la Ley 4a. de 1992 que señaló como derroteros a tener en cuenta por el gobierno nacional en la tarea de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores oficiales, el respeto a los derechos adquiridos y la prohibición de los servidores públicos solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del

mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D.C., julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8072. Decretos del Gobierno. Actor: JOSÉ H. BOLAÑOS MUÑOZ.

El ciudadano José H. Bolaños Muñoz, en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo solicitó a esta Corporación declarar la nulidad del artículo 3o., numeral 3o. del Decreto 57 del 7 de enero de 1993, expedido por la Presidencia de la República, en cuanto determinó como remuneración mensual para el juez de instrucción penal militar la suma de $937.000.oo y que como consecuencia de tal declaración se establezca que ese funcionario devengará salario básico igual al señalado para el juez del circuito de la jurisdicción ordinaria.

Relata el accionante que en desarrollo de las atribuciones otorgadas por el artículo 14 de la ley 4a. de 1992, el Presidente de la República dictó el decreto demandado mediante el cual determinó el régimen salarial y prestacional para los servidores de la rama judicial y de la justicia penal militar; que en el artículo 3o. *ibídem* numerales 3) y 4) se dispuso que la remuneración mensual a partir del 1o. de enero de 1993 del Auditor Principal de Guerra es de $1.218.750.oo y que la del juez de instrucción militar es de $937.500.oo, lo mismo que la del juez municipal; que la mencionada ley marco determinó que para la fijación del régimen salarial y prestacional de los servidores públicos a que se hace referencia en ella, el gobierno debía tener en cuenta, entre otros objetivos, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado tanto dentro del régimen general como de los regímenes especiales, el no desmejoramiento de sus salarios y prestaciones sociales, la concertación como factor de mejoramiento de la prestación de los servicios por parte del Estado y de las condiciones de trabajo y que todo régimen salarial o prestacional que se estableciera contraviniendo las disposiciones que contiene, carecería de efecto.

Adujo igualmente que los jueces de instrucción penal militar bajo las previsiones del Decreto 250 de 1958 se les asimiló para todos los efectos legales y laborales a la calidad de auditor principal de guerra; que para los mismos efectos, posteriormente, se les asignó el grado 17, asimilándolos por ende, a la categoría de juez del circuito y anualmente dentro de la determinación de las escalas salariales figuraron en dicho grado y que no obstante en la norma demandada se les coloca salarialmente al nivel de juez municipal que tenía asignado el grado 15, nivelándolos injusta e ilegalmente con estos funcionarios con lo cual se atenta contra el derecho adquirido de los jueces de instrucción penal militar de ocupar un determinado rango dentro del escalafón judicial, el cual está acorde con la exigencia

de requisitos para desempeñar el empleo, que son diferentes a los requeridos para ser juez municipal máxime que para ser juez penal militar se exige haber sido juez del circuito o superior especializado, mientras que para ser juez municipal las calidades exigidas son mínimas pues ostentan el grado 15 "incluso para Auditores, para los auditores auxiliares, Funcionarios Administrativos, sin mayores exigencias de calidades" (fl. 3).

Por último, destaca que, aunque en el nuevo estatuto se elimina el grado ello no implica que se desmejore el nivel del juez penal militar asimilándolo salarialmente al juez municipal puesto que se desatiende el respeto de los derechos adquiridos por esos funcionarios de acuerdo con el régimen general salarial especial que regulaba su salario en las mismas condiciones que el juez del circuito.

Como normas transgredidas cita los artículos 25, 53, 58, 150 literal e), 256 numeral 5 del Decreto 250 de 1958, los artículos 359 y 369 del Decreto 2038 de 1958 y el artículo 361 del Decreto 2550 de 1988, las cuales estima infringidas en razón del desmejoramiento salarial que los jueces penales militares sufrieron, al cual se hizo mención, que los colocó en un *capitis diminutio* injustificada ya que les fue asignado un sueldo de $937.500.oo que le correspondía a un juez municipal y porque si la competitividad laboral se entiende como el acceso a grados o niveles superiores y si dichos funcionarios poseían el mismo grado del juez de circuito, no era dable sin fundamento alguno y en abierto atentado a sus derechos adquiridos, darle la posición salarial de quien venía desempeñándose en un grado inferior, el 15 como es el juez municipal que fue lo que ocurrió, lo que genera una expresa violación de derechos adquiridos amparados constitucionalmente, por lo que la norma demandada resulta inconstitucional.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Judicial Cuarto estima que las peticiones del libelo demandatorio están llamadas a prosperar, por cuanto a pesar de los principios consagrados en el artículo 53 de la Constitución Política y de los criterios que según la Ley 4a. de 1992 debía observar el gobierno nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, en el Decreto 57 de 1993 se desmejoró el salario y las prestaciones sociales que les correspondía a los jueces de instrucción penal militar en relación con el grado que les había sido asignado con anterioridad teniendo en cuenta principalmente sus funciones, responsabilidad y calidad exigidos para su desempeño.

Llegando el momento de decidir, a ello se procede, previas estas,

CONSIDERACIONES

El demandante impetra la declaratoria de nulidad del Decreto 57 del 7 de enero de 1993 por el cual se dictaron normas sobre el régimen salarial y prestacional para los servidores públicos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, en cuanto en su artículo tercero, numeral 3) se fijó la remuneración mensual de los jueces de instrucción penal militar, norma que textualmente reza:

"Artículo 3o.- A partir del 1o. de enero de 1993 la remuneración mensual de los empleos de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar será la siguiente:

.....

3) Para los siguientes empleos de los Juzgados del Circuito, Regionales y Juzgados de Tribunal Penal Militar:

.....

Juez de Instrucción Penal Militar $937.500.oo."

Como eje fundamental de la impugnación, el accionante expone que el salario señalado en el decreto demandado para los jueces de instrucción penal militar es inferior al que les correspondía habida consideración de que para efectos salariales en el régimen anteriormente vigente se hallaban ubicados al igual que los jueces del circuito, en el grado 17 y a estos últimos se les señaló una remuneración de $1.218.750.oo. Dice que la remuneración de los jueces de instrucción penal militar se igualó a la de los jueces municipales y a la de los auditores auxiliares de guerra, cuando dichos jueces se hallaban ubicados antes en un grado inferior al que ellos ostentaban y los aludidos auditores auxiliares eran empleados del orden administrativo, sin mayores exigencias de calidades, comparativamente con las requeridas para desempeñar el cargo de juez penal militar.

Se invocan como transgredidos los artículos 25, 53, 58, 150 literal e) y 256 No. 5 del Decreto 250 de 1958, los artículos 359 y 369, el Decreto 2038 de 1958 y el artículo 361 del Decreto 2550 de 1988.

Los artículos 25, 53, 58, 150 lit. 3) y 256, No. 5 del Decreto 250 de 1958 que correspondían al antiguo Código Penal Militar, ninguna relación tienen con la materia en estudio y además fueron derogadas por el Decreto 2550 de 1988, por medio del cual se expidió un nuevo Código Penal Militar; por consiguiente no pudieron vulnerarse con la expedición del Decreto 057 de 1993.

En cuanto al quebranto de los artículos 359 y 369 del Decreto 2038 de 1958, observa la Sala que el Decreto en mención sólo tiene 27 artículos luego por sustracción de materia no se presenta el desconocimiento de sus mandatos. Además el Decreto 2038 de 1958 era reglamentario del Decreto 250 de 1958. Si éste fue derogado, las disposiciones que aquél contenía perdieron su fuerza ejecutoria en virtud de que lo reglamentado desapareció del ámbito del derecho.

En el artículo 361 del Decreto 2550 de 1988, Código Penal Militar, se señalan los requisitos para desempeñar los cargos de auditor de guerra superior, auditor de guerra principal, auditor de guerra auxiliar y juez de instrucción penal militar, estableciendo para este último lo siguiente:

"... Para ser juez de instrucción penal militar se requiere ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y abogado titulado. Para su designación,

además de las condiciones anteriores, se preferirá a quien hubiere aprobado cursos académicos de especialización en ciencias penales o criminológicas por un tiempo no menor de un (1) año, o desempeñado el cargo de juez de instrucción o de funcionario de instrucción por un término no inferior a dos (2) años".

Nada se dice en estas disposiciones acerca del régimen salarial de los jueces de instrucción penal militar, ni se dan derroteros para determinar su remuneración. Tampoco se les equipara para ningún efecto con los jueces del circuito o con los auditores principales de guerra; de suerte que con base en él no puede reclamarse para ellos remuneración igual a la que devengan estos funcionarios.

Ahora bien, aun entendiendo, por interpretación que se haga de la demanda, que los primeros artículos indicados son de la Constitución Nacional, sabido es que los preceptos constitucionales contentivos de principios generales, como son en este caso los relativos al derecho al trabajo y a la especial protección de que éste goza por parte del Estado (artículo 25), a la igualdad de oportunidades para los trabajadores y al derecho de éstos de percibir una remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la calidad y cantidad de trabajo (artículo 53), a la garantía de los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles (artículo 58), sólo son susceptibles de vulnerarse en forma indirecta, esto es, a través de la infracción de las normas legales que desarrollen los aludidos principios.

Por ello era menester demostrar en el *sub-lite* que con la expedición del acto acusado se incurrió en la violación de las disposiciones de orden legal que las desarrollaron y como ello no ocurrió, no puede admitirse que al fijarse en el Decreto 57 de 1993 en $937.600.oo la remuneración de los jueces de instrucción penal militar se conculcaron sus mandatos.

De acuerdo con lo anterior, se impone concluir que al no presentarse el desconocimiento de las normas legales invocadas en la demanda como conculcadas, tampoco se da la infracción de los preceptos constitucionales consagratorios de los principios generales a los cuales se hizo referencia.

En cuanto a la transgresión del artículo 2o. de la Ley 4a. de 1992 que señaló como derroteros a tener en cuenta por el gobierno nacional en la tarea de fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores oficiales, el respeto a los derechos adquiridos y la prohibición de desmejorar sus salarios y prestaciones sociales, habrá de reiterar la Sala que los derechos adquiridos de los servidores públicos solamente pueden invocarse respecto de aquellos derechos laborales que el servidor ha consolidado durante su relación laboral, no sobre expectativas que dependan del mantenimiento de una legislación de derecho público, a cuya intangibilidad no se tiene ningún derecho.

La garantía de los derechos adquiridos protege aquellos que se consideran han ingresado al patrimonio del titular, como podría predicarse del derecho a un salario

causado, a una pensión cuando se ha adquirido el estatus según la ley, a unas vacaciones consolidadas, en fin, a todos los derechos que por el ejercicio del empleo hacen parte del patrimonio del servidor, es decir, que tal garantía tiene que ver con las situaciones jurídicas particulares consolidadas, no con la regulación de tipo general y abstracto.

La vinculación de un empleado público se produce por un acto condición que tiene por objeto colocar a una persona en una situación jurídica general, preexistente, de carácter objetivo yde creación unilateral, modificable en cualquier momento en que sea necesario al interés público. El señalamiento de las condiciones salariales y prestacionales de los servidores públicos, hacen parte de esa situación jurídica de carácter general de derecho público y es por ello eminentemente modificable.

Por consiguiente, no puede alegarse derecho adquirido a la legislación anterior en el sentido en que lo que pretende el demandante, o sea, en el sentido de que la norma es inmodificable cuando rige situaciones particulares. Los derechos individuales adquiridos se repite, sólo pueden determinarse en cada caso particular, cuando frente a un cambio de legislación, quien tenga un derecho causado invoque la ley vigente para cuando nació su derecho, pues el derecho no es la intangibilidad de la ley, sino a los derechos laborales consolidados.

En el caso debatido el actor no acreditó ni la desmejora salarial ni la conculcación de los derechos que dice adquiridos y tampoco era pertinente hacerlo dada la naturaleza de la acción, que no persigue el restablecimiento de derechos subjetivos sino el mantenimiento del orden jurídico a título general.

Concluye la Sala por tanto que analizando el caso dentro del marco de la demanda y concretamente en relación con las normas citadas como transgredidas, deben despacharse desfavorablemente las súplicas del accionante.

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

FALLA:

DENIÉGANSE las prestensiones de la demanda promovida por JOSÉ H. BOLAÑOS MUÑOZ con el fin de que se declarara la nulidad del artículo 3o., numeral 3) del Decreto 57 de 1993, expedido por el Presidente de la República, en cuanto mediante él se determinó como remuneración mensual para el juez de instrucción penal militar la suma de $937.500.oo.

Archívese el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

AUXILIO POR INCAPACIDAD LABORAL/PRESTACIÓN ASISTENCIAL- Diferencias/**INCAPACIDAD LABORAL NO PROFESIONAL/RETIRO DEL SERVICIO**

La filosofía que orienta las prestaciones tanto económica como asistencial, a que tiene derecho un servidor público en caso de incapacidad laboral no profesional, es no dejarlo desprotegido por razón de este insuceso; de allí que se establezca el pago de un auxilio en dinero, pero sólo por el término máximo de 180 días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes de dicho salario durante los primeros 90 días de la incapacidad y la mitad durante los 90 días siguientes, si la incapacidad se prolongare. Superado este término, la ley dispone en aras de la protección del buen servicio, que el empleado sea retirado del servicio y suspendida la prestación económica, pudiendo tener derecho a una pensión de invalidez en los casos en que a ello hubiere lugar. En cambio, la prestación asistencial, que consiste en el otorgamiento de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, necesarios, se proporcionará sin limitación alguna y todo el tiempo que fuere necesario, como así lo consagra el literal b) del art. 9o. del decreto 1848 de 1969. En consecuencia, si bien la administración erró al considerar en la motivación del acto acusado que el día 28 de septiembre de 1990 cumplía la recurrente 180 días de incapacidad, cuando faltaba tres días para ello, tal error no vicia la decisión de retirarla del servicio por cuanto en realidad la causal legal sí se produjo a la fecha de efectividad de la resolución y la actora durante los 180 días de incapacidad laboral estuvo amparada con la prestación económica ordenada por la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D. C., julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8656. AUTORIDADES NACIONALES. APELACIÓN SENTENCIA. Actor: MARÍA ESPERANZA DÍAZ BORDA.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia de febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el proceso promovido por María Esperanza Díaz Borda contra el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

ANTECEDENTES

1.- La accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca hiciera las siguientes declaraciones:

> "Primera.- Que es nula la Resolución No. 01836 del 3 de octubre de 1990, emanada del Despacho del señor Director General del INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE Y TRÁNSITO, por medio de la cual, con falsa motivación, desviación y abuso del poder nominador, se produjo el retiro definitivo del servicio del cargo cuyas funciones venía ejerciendo la señora MARÍA ESPERANZA DÍAZ BORDA, como PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 3010-Grado 08 de la División de Estudios de Transporte Intermunicipal.
>
> Segunda.- EL INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE Y TRÁNSITO, reintegrará a la señora MARÍA ESPERANZA DÍAZ BORDA al cargo cuyas funciones venía ejerciendo al momento de producirse su ilegal desvinculación, o a otro similar o equivalente, de igual o superior categoría y remuneración, sin solución de continuidad.
>
> Tercera.- Además, deberá reconocer y pagar íntegros los haberes y sueldos causados y dejados de percibir, junto con las primas, bonificaciones y demás emolumentos hasta su reintegro y en adelante sin solución de continuidad alguna.
>
> Cuarta.- Para los efectos de las prestaciones sociales y demás derechos inherentes a la relación y a la ley, sus servicios se computarán desde su ingreso, hasta cuando en definitiva y en forma legal se produzca su retiro del servicio.
>
> Quinta.- EL INSTITUTO NACIONAL DEL TRANSPORTE Y TRÁNSITO, dará cumplimiento al fallo respectivo de conformidad con el término prescrito por el Artículo 176 del C.C.A." (fls. 48 y 49).

El *a-quo* negó las pretensiones primera, segunda y cuarta de la demanda. Agregó que para efectos de la petición tercera, se deberá tener como fecha límite de desvinculación

de la actora a la entidad, el 3 de octubre de 1990 y que es además el límite de permanencia en el servicio. De tal manera que sobre esta precisión la entidad demandada y demás entidades correspondientes harán los reajustes del caso para que le sean reconocidas las prestaciones económicas a la actora. Ordenó en consecuencia, dar cumplimiento a lo anterior en los términos del artículo 176 del C.C.A., expidiendo el acto respectivo que modifique la resolución acusada.

Para fundamentar su decisión consideró el Tribunal en primer término, que ninguna de las partes precavieron que el artículo 32 del Decreto 1848 de 1969, invocado en la demanda como violado, fue declarado nulo por el Consejo de Estado. Sin embargo, como el parágrafo del artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968 suple esta deficiencia, por cuanto contempla los mismos supuestos de hecho de la norma anulada, examinó la *litis* a la luz de esta disposición.

La citada norma dijo, que cuando la incapacidad por enfermedad de un empleado exceda los 180 días, éste será retirado del servicio, pero tendrá derecho a prestaciones económicas y asistenciales.

En el caso de la *litis* se estableció que la realidad cronológica y médico asistencial de la actora se dio en forma continua hasta el día 13 de octubre de 1990, por cuanto hasta esa fecha se le reconoció el auxilio económico por enfermedad, como así se desprende de la Resolución 1837 de octubre 3 de 1990. De tal manera que no hay lugar a acceder a la nulidad solicitada por cuanto la demandante estuvo incapacitada durante un lapso superior a 180 días. Consideró empero que se debe ordenar la modificación de la fecha de efectividad del retiro para hacerla coherente con la realidad laboral.

3. El actor expresa su inconformidad con el anterior fallo en los siguientes términos:

Se encuentra probado que cuando la recurrente fue efectivamente retirada del servicio, sólo se habían causado 177 días de incapacidad, de tal manera que existe falsa motivación, desviación y abuso de poder en el acto acusado, por cuanto todavía no se había superado el término legal de 180 días.

El Tribunal no podía modificar el acto acusado por cuanto es éste el que determina la efectividad de la separación del cargo.

Además no examinó las circunstancias que llevaron a la entidad a incapacitar a la actora y las pruebas según las cuales las condiciones en que laboraba no eran aptas para su salud. Pide se acceda a las pretensiones de la demanda.

4. La parte demandada expresó igualmente su inconformidad con el fallo citado con los siguientes argumentos:

La realidad de los hechos indica que la actora fue retirada del servicio el 29 de septiembre de 1990, y procedió así en forma legal la administración por cuanto se ha demostrado que las incapacidades por enfermedad que presentó sumadas entre sí,

sobrepasan el término legal de 180 días. En consecuencia, se debe modificar lo dispuesto en el fallo apelado, para que se tenga como fecha efectiva de retiro de la demandante el citado 28 de septiembre.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad, se decide previas las siguientes consideraciones,

CONSIDERACIONES

1. En el presente proceso la Sala encuentra lo siguiente:

a) La demandante estuvo vinculada al Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, en el cargo de Profesional Especializado 3010-08 en la División de Estudios de Transporte Intermunicipal (fl. 6, cdno. ppal.); cargo en el cual fue inscrita en el escalafón de la Carrera Administrativa (fls. 28 y 100, c. ppal.).

b) Estuvo la actora incapacitada laboralmente por enfermedad común desde el 5 de abril hasta el 13 de octubre de 1990, según consta en los certificados emanados del Instituto de Seguros Sociales (fls. 14 a 26, c. ppal.).

El último certificado de incapacidad fue emitido por el término de 30 días y corresponde al período de septiembre 14 a octubre 13 de 1990 (fl. 26, c. ppal.). La administración le reconoció y pagó la correspondiente prestación económica liquidada hasta la finalización de la última incapacidad de 30 días (fl. 27, c. ppal.).

c) Mediante resolución No. 01836 de octubre 3 de 1990, que constituye el acto acusado, el Director General de la entidad demandada dispuso retirar del servicio activo a la actora, a partir del 29 de septiembre de 1990, por considerar que había cumplido 180 días de incapacidad continua el 28 de septiembre del mismo año, invocando para el efecto la causal de retiro contemplada en el artículo 32 del Decreto 1848 de 1969. La citada resolución, sin embargo dispuso que regía a partir de su expedición, es decir, a partir del 3 de octubre de 1990 (fls. 7 y 8, cdno. ppal.).

2. El parágrafo del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968, invocado como violado, prescribe lo siguiente:

"La licencia por enfermedad no interrumpe el tiempo de servicio. Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días, el empleado o trabajador será retirado del servicio y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este decreto determina. (Se subraya).

El anterior precepto fue reglamentado por el artículo 32 del Decreto 1848 de 1969, que dispuso con carácter facultativo y no obligatorio que la administración "podrá" retirar al empleado del servicio cuando se dé el citado supuesto de hecho; esta disposición como bien lo anota el Tribunal fue anulada por esta Corporación (Sentencia julio 7 de 1982).

De acuerdo con lo anterior, ciertamente por disposición de la ley, la entidad demandada al vencimiento de los 180 días de incapacidad debía retirar del servicio a la actora, de manera que no puede configurarse desvío de poder en el acto que así lo dispuso.

En cuanto a la falsa motivación, es cierto que no es exacta la afirmación que hace la administración en el acto acusado, respecto a que el 28 de septiembre de 1990 había cumplido la actora 180 días de incapacidad, puesto que en verdad el término de 180 días se cumplía el 1o. de octubre de 1990.

Por otra parte, aparece demostrado en el plenario que la administración reconoció la prestación económica a la demandante más allá del término máximo de 180 días que ordena el artículo 9o. del Decreto 1848 de 1969. Es decir, el pago del subsidio en dinero no fue interrumpido con el retiro del servicio de la actora, sino que se prolongó hasta octubre 13 del mismo año, día en que venció la última incapacidad concedida por el ISS.

La filosofía que orienta las prestaciones tanto económica como asistencial, a que tiene derecho un servidor público en caso de incapacidad laboral no profesional, es no dejarlo desprotegido por razón de este insuceso; de allí que se establezca el pago de un auxilio en dinero, pero sólo por el término máximo de 180 días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, a razón de las dos terceras partes de dicho salario durante los primeros 90 días de incapacidad y la mitad durante los 90 días siguientes, si la incapacidad se prolongare. Superado este término, la ley dispone en aras de la protección del buen servicio, que el empleado sea retirado del servicio y suspendida la prestación económica, pudiendo tener derecho a una pensión de invalidez en los casos en que a ello hubiere lugar. En cambio, la prestación asistencial, que consiste en el otorgamiento de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio y hospitalarios, necesarios, se proporcionará sin limitación alguna y todo el tiempo que fuere necesario, como así lo consagra el literal b) del artículo 9o. del Decreto 1848 de 1969.

En consecuencia, si bien la administración erró al considerar en la motivación del acto acusado que el día 28 de septiembre de 1990 cumplía la recurrente 180 días de incapacidad, cuando faltaba tres días para ello, tal error no vicia la decisión de retirarla del servicio por cuanto en realidad la causal legal sí se produjo a la fecha de efectividad de la resolución y la actora durante los 180 días de incapacidad laboral estuvo amparada con la prestación económica ordenada por la ley.

Por lo tanto considera la Sala que fue acertada la decisión del Tribunal de ordenar que se tenga como fecha de desvinculación de la actora, el 3 de octubre de 1990, fecha de expedición y vigencia de la resolución que la ordenó, para lo cual habrá de decretarse la nulidad del acto acusado pero sólo en cuanto dispuso el retiro de la actora a partir del 29 de septiembre de 1990.

Por consiguiente, se procederá a revocar la decisión en relación con este punto y a confirmarla en lo restante.

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

FALLA:

REVÓCASE el numeral tercero de la sentencia de febrero diecinueve (19) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, subsección C, en el proceso promovido por MARÍA ESPERANZA DÍAZ BORDA contra el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito en cuanto denegó la nulidad de la Resolución No. 1836 de 3 de octubre de 1990. En su lugar se DISPONE:

Decrétase la nulidad de la frase "a partir del 29 de septiembre de 1990" contenida en el artículo primero de la Resolución No. 1836 de 3 de octubre de 1990, proferida por el director General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

CONFÍRMASE en lo demás.

Cópiese, notifíquese y una vez ejecutoriada devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CONTRATO ADMINISTRATIVO/CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS-Naturaleza/**PRESTACIONES SOCIALES**-Inexistencia/**RELACIÓN LABORAL**-Inexistencia/**TRABAJADOR OFICIAL**-Inexistencia/**VÍNCULO LABORAL**-Inexistencia

Aparece plenamente demostrado que la relación contractual que se estableció entre la entidad demandada y el actor, es un convenio netamente administrativo en la clase específica de prestación de servicios. Los diversos contratos que se suscribieron aparecen claramente definidos como tales, se celebraron con los requisitos legales y contienen las cláusulas exorbitantes consagradas para esta clase de convenios. De tal manera que el actor al suscribirlo sabía perfectamente que se trataba de una contratación administrativa y estuvo de acuerdo en obligarse y recibir como única contraprestación lo allí pactado. Es un acuerdo de voluntades, que como todo contrato constituye ley para las partes. De tal manera que no es de recibo alegar que la naturaleza de los contratos no es la que en ellos aparece consignada, sino que se trató de una relación laboral. Por otra parte, el artículos 167 del decreto 222 de 1983 prescribe que las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. Y en ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales. Es lógico, y necesario que para la ejecución de esta clase de servicios se haya establecido un horario y determinado los días en los cuales se preste, lo mismo que el contratista acatara las directrices que los funcionarios competentes formulaban para la eficiente prestación de la vigilancia, puesto que la administración debe obrar con mucho celo para garantizar la plena seguridad de los bienes públicos existentes. Pero ésto, no

significa que con ello se desvirtúe la naturaleza del contrato. Para que surgiera un vínculo laboral se requería que el actor hubiese sido incorporado a la entidad mediante un acto legal y reglamentario o mediante un contrato de trabajo ni lo uno ni lo otro sucedió. No se probó por tanto la calidad del trabajador oficial del accionante que invoca en la demanda y que, por lo demás, hubiera sustraído el conflicto del conocimiento de la justicia contencioso administrativa, pues sabido es que los litigios que se derivan de un contrato de trabajo corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., julio diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8671. AUTORIDADES NACIONALES. APELACIÓN SENTENCIA. Actor: Roberto Blanco Crispín.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de julio seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por Roberto Blanco Crispín contra la Nación –Empresa Nacional de Telecomunicaciones– Telecom, la cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Santander declarar la nulidad del acto administrativo contenido en la Nota 03010011-0071 de enero 10 de 1991 emanada el Gerente Regional (E) de Telecom y dirigida al apoderado del actor, en la cual se niega el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se le cancele las sumas de dinero que se detallan o las que se prueben en juicio por los conceptos siguientes: indemnización por terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo, auxilio de cesantía e intereses de la misma, primas de servicio, compensaciones en dinero por vacaciones no disfrutadas, sobrerremuneración por trabajo nocturno, en dominicales y festivos, compensación en dinero por los días de descanso compensatorio de los domingos y festivos, e indemnización por mora en el pago de las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo a razón de un salario diario por cada día de retardo en el pago (fls. 14 a 18, c. ppal.).

2. El *a-quo* en el fallo recurrido negó las súplicas de la demanda, porque consideró que con fundamento en la prueba recaudada y al tenor del Decreto 222 de 1983, la relación surgida entre el actor y TELECOM, fue la de un contrato administrativo de prestación de servicios.

En consecuencia, dijo, el actor sólo tiene derecho al pago de los emolumentos expresamente convenidos y no al reconocimiento de prestaciones sociales. Para que

surgiera el vínculo laboral se necesitaba un acto legal y reglamentario o un contrato de trabajo.

3. El actor fundamenta su inconformidad con el anterior fallo, con base en lo siguiente:

Se negó todo valor probatorio a una serie de testimonio con los cuales se demostró la existencia de un contrato de trabajo con sus elementos de jornada, subordinación y dependencia. Tampoco se estimaron unos documentos allegados en la diligencia de inspección judicial, con los que se desmuestran igualmente esos hechos. Además sin existir prueba se dio por demostrado que el actor no trabajó dominicales ni festivos, como tampoco cumplió jornada de trabajo ni llevó libros de control.

Con el fallo se desconocieron principios constitucionales como la protección al trabajo, la prevalencia del derecho sustancial, el debido proceso, el derecho de igualdad, como también pactos internacionales de derechos humanos que regulan idénticas materias. Además, los contratos aducidos de prestación de servicios no pueden ser tenidos en cuenta porque no son copias auténticas (fls. 143 y 144, 152 a 155, c. ppal.).

En su escrito de alegato, el actor reitera las anteriores argumentaciones, afirmando que está plenamente probado que se está en presencia de una relación contractual laboral y afirma que deben imperar los principios constitucionales sobre las demás leyes, en especial las aplicadas por el *a-quo* para negar las peticiones de la demanda (fls. 158 a 160, c. ppa.).

4. En su escrito de alegato, la parte demandada sostuvo que el contrato en cuestión es de aquellos regulados por el Decreto 222 de 1983, en ningún momento de índole laboral por cuanto el actor estaba sometido a subordinación, sino que desarrolló personalmente el contrato bajo su cuenta y riesgo, el cual pudo haber sido ejecutado por interpuesta persona. Si se hubieran cancelado sumas de dinero diferentes a las pactadas, la demandada habría violado el citado estatuto contractual (fls. 161 a 163, c. ppal.).

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En la presente *litis* se ha demostrado que:

a) El actor celebró con la Empresa TELECOM, Regional de Bucaramanga, un contrato administrativo de prestación de servicios, mediante el cual se comprometió a efectuar por su cuenta y riesgo la vigilancia del edificio en donde funcionan las oficinas de dicha entidad en el municipio de Málaga (S.). Se pactó que el servicio se prestaría durante todos los días incluyendo domingos y feriados a razón de ocho horas diarias. Y sobre el régimen legal se acordó lo siguiente en su cláusula novena:

"El presente contrato es administrativo de prestación de servicios y como consecuencia EL CONTRATISTA no adquiere en ningún caso la calidad de empleado de TELECOM ni tendrá derecho a contraprestaciones diferentes a la señalada en la cláusula TERCERA."

La cláusula 3a. estipula el valor del contrato y la forma de pago. Obra igualmente una cláusula de terminación unilateral del mismo por parte de la administración sin derecho a indemnización por parte del contratista (fls. 36 a 38, c. ppal.). El contrato fue suscrito en febrero 28 de 1986 y fue adicionado posteriormente para efectos de reajustar el precio (fl. 35, c. ppal.).

b) En septiembre 10 de 1987 las citadas partes pactaron un nuevo contrato sobre el mismo objeto e idéntica cláusula sobre el régimen legal antes estipulado; este contrato fue primero reajustado en su valor y luego prorrogado en el tiempo (fls. 31 a 34, c. ppal.).

c) Posteriormente, en julio 17 de 1989 las mismas partes acuerdan un nuevo contrato con idéntico objeto y similares cláusulas a los anteriores; el contrato luego fue reajustado en su valor y prorrogado en el tiempo (fls. 25 a 28, c. ppal.).

d) En forma anticipada, el 21 de noviembre de 1990, la administración comunicó al recurrente que por expiración del plazo de duración del contrato, el 1o. de diciembre de 1990, éste se daría por terminado (fl. 2, c. ppal.).

e) El actor a través de apoderado, solicitó al ente demandado el reconocimiento y pago de las sumas de dinero debidas con ocasión del "contrato de trabajo" por el cual se encontraba vinculado el actor con dicha entidad y que fue terminado por ésta en forma unilateral e injustificada (fls. 7 a 9, c. ppal.).

f) Mediante oficio No. 03010011-0071 de enero 10 de 1991, que constituye el acto administrativo demandado, la administración dio respuesta a la anterior solicitud manifestando su negativa a reconocer y pagar prestaciones sociales al peticionario, quien por tratarse de un contrato de prestación de servicios, sólo tenía derecho a los emolumentos expresamente convenidos según lo estipula el Decreto Ley 222 de 1983 (fls. 3 y 4, c. ppal.).

2. La administración en ejercicio de sus funciones de prestación o ejecución de un servicio público, está facultada para obrar bilateralmente, lo que significa que puede celebrar contratos con personas privadas o públicas. Pero es la ley la que autoriza su celebración y define su naturaleza, presupuestos y formalidades.

El Decreto Ley 222 de 1983, vigente en la época de los hechos de la presente *litis,* clasifica expresamente el contrato de prestación de servicios como un contrato administrativo y en consecuencia lo somete a las reglas de dicho decreto (Arts. 16 y 80). En efecto, el artículo 163 define el citado contrato como aquel celebrado con personas jurídicas o naturales para desarrollar actividades relacionadas con la atención de los negocios o el cumplimiento de las funciones que se hallen a cargo de la entidad contratante, siempre y cuando las mismas no puedan cumplirse con personal de planta.

Por su parte el artículo 164 del citado estatuto consagra:

> "Son contratos de prestación de servicios, entre otros, los de asesoría de cualquier clase, representación judicial, rendición de conceptos, servicios de salud distintos de los que celebren las entidades de previsión social; edición, publicidad, sistemas de información de aduanas, vigilancia, aseo; mantenimiento y reparación de maquinarias, equipos, instalaciones y similares." (Se destaca).

3. Según constancia que obra en el plenario, en la oficina de la entidad en Málaga (S.) no existe el cargo de celador ni de vigilante (fl. 88, c. ppal.). De tal manera que la administración podía legalmente suscribir un contrato de esta naturaleza.

Además aparece plenamente demostrado que la relación contractual que se estableció entre la entidad demandada y el actor, es un convenio netamente administrativo en la clase específica de prestación de servicios.

Los diversos contratos que se suscribieron aparecen claramente definidos como tales, se celebraron con los requisitos legales y contienen las cláusulas exorbitantes consagradas para esta clase de convenios. De tal manera que el actor al suscribirlo sabía perfectamente que se trataba de una contratación administrativa y estuvo de acuerdo en obligarse y recibir como única contraprestación lo allí pactado. Es un acuerdo de voluntades, que como todo contrato constituye ley para las partes. De tal manera que no es de recibo alegar que la naturaleza de los contratos no es la que en ellos aparece consignada, sino que se trató de una relación laboral.

Por otra parte, el artículo 167 del Decreto 222 de 1983 prescribe que las personas naturales vinculadas por contrato de prestación de servicios sólo tendrán derecho a los emolumentos expresamente convenidos. Y en ningún caso podrá pactarse el pago de prestaciones sociales.

Respecto a la objeción del apelante sobre la falta de autenticidad de los documentos contractuales que obran en el plenario, dicha autenticidad se desprende de la comunicación enviada por la entidad mediante la cual allega al proceso dichas pruebas (fl. 24, c. ppal.). Pero además obran en una segunda copia que se ordenó anexar en la diligencia de inspección judicial practicada a la entidad demandada.

En relación con las declaraciones testimoniales allegadas al proceso, observa la Sala que ellas conducen a demostrar el cumplimiento del servicio de vigilancia por parte del demandante, pero en ningún momento tienen la fuerza probatoria de desvirtuar la naturaleza de la relación contractual expresamente convenida. Lo mismo sucede con el cuaderno de novedades y anotaciones de portería llevado por los vigilantes.

Es lógico, y necesario que para la ejecución de esta clase de servicios se haya establecido un horario y determinado los días en los cuales se preste, lo mismo que el

contratista acatara las directrices que los funcionarios competentes formulaban para la eficiente prestación de vigilancia, puesto que la administración debe obrar con mucho celo para garantizar la plena seguridad de los bienes públicos existentes. Pero ésto no significa que con ello se desvirtúe la naturaleza del contrato.

Como bien lo anota el *a-quo,* para que surgiera un vínculo laboral se requería que el actor hubiese sido incorporado a la entidad mediante un acto legal y reglamentario o mediante un contrato de trabajo y ni lo uno ni lo otro sucedió. No se probó por tanto la calidad de trabajador oficial del accionante que invoca en la demanda y que, por lo demás, hubiera sustraído el conflicto del conocimiento de la justicia contencioso administrativo, pues sabido es que los litigios que se derivan de un contrato de trabajo corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Estima la Sala, en consecuencia, que tuvo razón el *a-quo* al denegar las pretensiones de la demanda, y por ello habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de julio seis (6) de mil novecientos noventa y tres (1993), proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en el proceso promovido por ROBERTO BLANCO CRISPÍN, contra la Nación –Empresa Nacional de Telecomunicaciones– TELECOM, que se abstuvo de acceder a las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del seis (6) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria

SENA/RENUNCIA/COACCIÓN-Improcedencia/**RENUNCIA MOTIVADA/DESVIACIÓN DE PODER**-Inexistencia

Resulta fundado el cuestionamiento que formula el fallo apelado, porque en él se admite que la renuncia que presentó el demandante no fue libre y espontánea, por las siguientes razones: De conformidad con lo estatuido en el artículo 95 del decreto 2464 de 1970, toda persona que ocupe un cargo en el Sena, puede renunciarlo de conformidad con la ley. Los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, aplicables en tal virtud al caso sub-exámine, prescriben que quien sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente. De acuerdo con estas normas, a contrario sensu, no están permitidas las dimisiones de los funcionarios obtenidas mediante presión, amenaza o cualquier otro medio de que condicione su voluntad. Mas no existe en el ordenamiento jurídico una disposición que impida al dimitente exponer las razones o motivos que lo indujeron a tomar la determinación de desvincularse del servicio público, cualquiera que éstos sean, no es admisible acoger la tesis de que cuando aquellos se explicitan el acto administrativo por el cual se acepta la renuncia, contraría la preceptiva jurídica aplicable a la materia, pues en ausencia de norma determinante de su ilegalidad por esa causa, resulta arbitrario acoger tales planteamientos. No se acreditó la desviación de poder endilgada a la autoridad nominadora, ya que no obran pruebas en el expediente acerca de que con la aceptación de la renuncia del actor, se buscará la creación de vacantes para dar entrada al Sena al clientelismo burocrático.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., julio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 7700. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: JOSÉ NICOLÁS MARTÍNEZ SANTA.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas el 6 de agosto de 1992.

ANTECEDENTES:

El señor José Nicolás Martínez Santa, demandó la nulidad de la resolución No. 539 del 25 de octubre de 1989 expedida por el Director Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, mediante la cual se aceptó su renuncia del cargo de Técnico Especialista Grado 05, Departamento Administrativo, de esa regional, e impetró a título de restablecimiento del derecho su reintegro a ese empleo o a otro de igual o superior jerarquía y el pago de los sueldos y demás emolumentos que dejó de percibir con ocasión de su desvinculación del servicio.

Expone el actor, tanto en el libelo inicial como en el escrito de adición de éste, que por haber obtenido el primer puesto en el respectivo concurso, por resolución No. 246 de 1989, fue ascendido al cargo mencionado; que su hoja de servicios al Sena, es impecable y que cuando se produjo su retiro se había recibido como profesional en el campo de la Contaduría Pública en la Universidad FUNDEMA de Manizales; que la nueva administración del Sena en Caldas, encabezada por el doctor Gabriel Escobar Ángel, celebró un contrato de prestación de servicios con la Asociación Caldense de Administradores de Empresas, en cuya virtud el doctor Álvaro Nieto, sin que verificaran sus conocimientos y experiencia al respecto, fue ubicado en el área de personal, desplazándolo de hecho en el manejo de los concursos para proveer las vacantes que se presentaran, situación que provocó desorganización en la administración de personal, por cuanto el campo de acción del demandante, quien hacía las veces de jefe de personal, fue invadido por voluntad del Director de esa Regional del Sena.

Y continúa relatando que el despojo de sus funciones de que fue objeto y la hostilidad de que fue víctima por parte de la administración, lo indujeron a presentar renuncia de su empleo el 26 de septiembre de 1989, a partir del 15 del siguiente mes de noviembre, lo que evidenciaba su deseo de permanecer en la entidad no obstante las adversas circunstancias que enfrentaba, dimisión que retiró luego de sostener una conversación con el Director Regional y ante la promesa formal de que su situación cambiaría; pero el 9 de octubre de ese año a través del oficio No. 37727, a pesar de su retiro le fue aceptada la renuncia, ante lo cual ese mismo día presentó una renuncia motivada en el hecho de querer salvar inconvenientes de tipo jurídico, por cuanto se estaba aceptando una dimisión que había retirado; lo que quiere decir, que la renuncia que presentó en esta última fecha no fue libre y espontánea.

Como normas violadas cita los artículos 2, 16, 17, 20, 30, 32 y 62 de la Constitución Política de 1886, 299 y 329 de la ley 4a. de 1913, 6, 25, 27 y 61 del decreto 2400 de

1968, 110, 111 y 113 del decreto 1950 de 1973, 46 numerales 1o. y 2o., 48 numeral 22 y 50 numeral 6o., artículos 65, 72, 95 y 151 del decreto 2464 de 1970 y 2, 35, 36 y 59 del C.C.A.

El concepto de violación de estas disposiciones aparece expuesto a folios 38 a 52.

Censura también el acto acusado por desviación de poder, pues no fueron los fines del buen servicio los que determinaron su desvinculación, fue el deseo de crear vacantes lo que movió a la administración "haciendo aburrir y forzando a renunciar a un excelente funcionario".

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento tras declarar no probada la excepción de caducidad de la acción propuesta por la entidad demandada, declaró la nulidad de la resolución acusada y ordenó el reintegro del demandante al servicio, y el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de percibir desde el 1o. de noviembre de 1989 hasta la fecha en que se produzca su reintegro, por cuanto estimó que la administración aceptado una renuncia que no fue presentada libre y espontáneamente por el actor.

A solicitud del accionante la sentencia fue aclarada por providencia fechada el 9 de septiembre de 1992, en el sentido de que los pagos en ella ordenados se harán al señor Martínez Santa con los correspondientes aumentos (fls. 160 a 163).

EL RECURSO

El apoderado del Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, en la oportunidad legal interpuso recurso de apelación contra la sentencia comentada, aduciendo, que como lo hizo al contestar la demanda, que en el *sub-lite* se presenta la caducidad de la acción por cuanto habiendo tenido conocimiento el actor de que su renuncia le había sido aceptada el día 9 de octubre de 1989, según consta en el oficio No. 37727 de esa fecha, no obstante que en la resolución No. 539 del 25 de octubre de ese año se diga que se acepta dicha dimisión, debió promover la acción dentro de los cuatro meses siguientes al día en que tuvo conocimiento de tal decisión administrativa y sólo lo hizo el 26 de febrero de 1990, cuando la acción estaba caducada.

Arguye igualmente que el actor sólo impugnó la resolución No. 539 omitiendo atacar el acto administrativo contenido en el citado oficio, lo cual hace que éste conserve su validez, por ello existe incongruencia entre la decisión del Tribunal y las pretensiones de la demanda, decisión que dice, debió ser inhibitoria.

Acota luego, que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, porque del texto de los escritos mediante los cuales del demandante manifestó su voluntad de retirarse del cargo que ocupaba, se desprende que lo hizo sin coacción de ninguna naturaleza,

motivado por asuntos personales y por no estar conforme con las decisiones del Director Regional, hecho por el cual no puede considerarse que su determinación no fue libre y espontánea.

Finalmente, en el escrito obrante a folio 163, presentado en término, el apoderado del SENA adiciona la sustentación del recurso de alzada, impetrando también la nulidad de lo decidido por el Tribunal al aclarar la sentencia; vale decir, requiere también la infirmación de la decisión concerniente al pago al demandante de los salarios, primas, bonificaciones y demás emolumentos, con sus respectivos aumentos.

El Procurador Judicial Cuarto ante esta Corporación, se abstuvo de emitir concepto sobre la presente contención.

Surtido el trámite de la segunda instancia, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Del material obrante en autos se desprende lo siguiente:

–El actor "por circunstancias de orden personal" mediante escrito calendado el 26 de septiembre de 1989 presentó "renuncia libre e inequívoca" del cargo de Técnico Especialista Grado 05 (Oficina de Personal) que desempeñaba en el Sena Regional Caldas, a partir del 15 de noviembre de ese año (fl. 21). Sin embargo, por medio del oficio fechado el 2 de octubre de 1989, retiró su dimisión y manifestó su deseo de continuar "trabajando de la mejor manera posible en bien de la institución".

Significa lo anterior que para el 9 de octubre de 1989, día en que el Director Regional del Sena en Caldas dirigió al accionante el oficio No. 37727 por medio del cual le comunicó que fue aceptada su renuncia, tal dimisión no existía, por cuanto si bien el señor Martínez Santa el 26 de septiembre de ese año manifestó su voluntad de hacer dejación del cargo que ocupaba, el 2 del siguiente mes de octubre, retiró expresamente su renuncia. De suerte, que la determinación adoptada, en dicho oficio carecía de causa.

La Sala considera conveniente resaltar, que la renuncia que dio lugar al acto demandado fue la presentada por el demandante posteriormente, el 9 de octubre de 1989 (fl. 24), la cual el nominador procedió a aceptar por medio de la resolución No. 539 calendada el 25 de los mismos mes y año (fl. 32), que es el acto administrativo objeto de la demanda.

La Sala por tanto, estima desatinada la argumentación expuesta por el apoderado del Sena en orden a fundamentar la excepción de caducidad que planteó al contestar la demanda y la crítica de la sentencia relacionada con una supuesta incongruencia de la *causa petendi* con lo decidido por el fallador, apoyado en el hecho de que el libelista omitió demandar el oficio No. 37727 del 9 de octubre de 1989, porque es obvio que la administración despojó a éste de todo valor jurídico al proferir la resolución No. 539 del

25 de octubre de ese año, en la cual manifestó la aceptación de su dimisión a partir del 1o. de noviembre siguiente, fecha hasta la cual laboró el actor, desconociendo, como era lógico, la determinación que había adoptado en el oficio citado en el cual se le advirtió al accionante que su dimisión había sido aceptada a partir del 16 de ese mes.

De acuerdo con lo expuesto, es imperativo concluir que las alegaciones del recurrente en los aspectos comentados, carecen de validez.

En cambio resulta fundado el cuestionamiento que formula al fallo apelado, porque en él se admite que la renuncia que presentó el demandante no fue libre y espontánea, por las siguientes razones:

De conformidad con lo estatuido en el artículo 95 del decreto 2464 de 1970, toda persona que ocupe un cargo en el Sena, puede renunciarlo de conformidad con la ley.

Los decretos 2400 de 1968 y 1950 de 1973, aplicables en tal virtud al caso *sub-exámine*, prescriben que quien sirva un empleo de voluntaria aceptación puede renunciarlo libremente.

De acuerdo con estas normas, a *contrario sensu*, no están permitidas las dimisiones de los funcionarios obtenidas mediante presión, amenaza o cualquier otro medio que condicione su voluntad.

Mas no existe en el ordenamiento jurídico una disposición que impida al dimitente exponer las razones o motivos que lo indujeron a tomar la determinación de desvincularse del servicio público, cualquiera que éstos sean, y no es admisible acoger la tesis de que cuando aquellos se explicitan el acto administrativo por el cual se acepta la renuncia, contraría la preceptiva jurídica aplicable a la materia, pues en ausencia de norma determinante de su ilegalidad por esa causa, resulta arbitrario acoger tales planteamientos.

Pues bien, en el escrito del 9 de octubre de 1989 contentivo de su dimisión, el accionante señala por qué razón decidió retirarse de su empleo, así se expresó el doctor Martínez Santa en comunicación dirigida al Director Regional:

> "Respecto a su oficio número 37727 de 9 de octubre de 1989, me permito aclararle que con comunicación de fecha 2 de octubre de este año, y de acuerdo a la buena voluntad mostrada por usted en la toma de decisiones que redundarían en bien de la institución, retiré la renuncia presentada el 26 de septiembre del año en curso. Debido a lo anterior no es procedente aceptar una renuncia inexistente.
>
> Para salvar inconvenientes de tipo jurídico reitero la renuncia al cargo de Técnico Especialista G. 05 (Oficial de Personal) de una manera irrevocable a partir del 1o. de noviembre de 1989. Esto es producto de los inesperados cambios en sus decisiones las cuales parecían ser muy claras". (fl. 24).

En esta comunicación el actor explicita los móviles que lo indujeron a renunciar nuevamente, de una parte, salvar inconvenientes de tipo jurídico y, de otra, los

inesperados cambios en las decisiones del Director Regional, dimisión que esta vez presenta en forma irrevocable y con efectos a partir de una fecha anterior a la señalada en la primera renuncia que presentó. Empero, ni tal escrito ni ninguna otra prueba allegada al expediente, evidencian que la administración haya ejercido presión sobre él para que hiciera esta manifestación de voluntad, de hacer dejación de su empleo.

En efecto, aunque el señor Hernando de Jesús Salazar Zuluaga, única persona llamada a rendir testimonio a petición del demandante (fl. 58), declaró que éste presentó una renuncia "por presión que luego retiró, después de un diálogo amplio con el grupo directivo, después el Director Regional le dice que le acepta la renuncia inexistente, y con esa presión él vuelve y le presenta otra renuncia, por la presión dada por el Director" (fl. 9 cdno. No. 2), y que la presión consistió en la presencia del señor Álvaro Javier Nieto Grisales en el Sena con usurpación de funciones (fl. 9 *ibídem*), con poderes de fiscalización y de controlador (fl. 6 *ejusdem*), la verdad es que estas declaraciones no dan plena certeza de que la dimisión del señor Martínez Santa no haya sido voluntaria y espontánea, porque si bien la presencia en el Sena del señor Nieto Grisales pudo ocasionar divergencias y roces de carácter laboral con aquel, lo cierto es que no puede admitirse que el nominador por esa razón ejerció presión sobre él para que renunciara del cargo que ocupaba en esa entidad.

De otra parte, por tratarse de un testimonio único, el del señor Salazar Zuluaga, ex funcionario del Sena, desvinculado del servicio el mismo día en que le fue aceptada la renuncia al accionante y quien por ese motivo adelanta contra esa institución un proceso contencioso laboral, según lo advirtió en su exposición, no es dable dar por probados los hechos en que el libelista fundamenta la impugnación, porque sólo se cuenta con su versión respecto de la cual no puede descartarse su parcialidad, precisamente por presentarse las circunstancias anotadas.

Resta agregar, que no se acreditó la desviación de poder endilgada a la autoridad nominadora, ya que no obran pruebas en el expediente acerca de que con la aceptación de la renuncia del actor, se buscara la creación de vacantes para dar entrada al Sena al clientelismo burocrático.

De acuerdo con lo anterior, esto es, no habiéndose desvirtuado la presunción de legalidad que ampara el acto enjuiciado, se impone revocar la sentencia apelada 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:

Revócanse la sentencia del 6 de agosto de 1992, con excepción de su ordinal 1o., y la providencia aclaratoria de septiembre 9 del mismo año, proferidas por el Tribunal

Administrativo de Caldas en el proceso promovido por el señor José Nicolás Martínez Santa contra el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA–, con el fin de que se declarara la nulidad de la resolución No. 539 de 1989. En su lugar, deniéganse las pretensiones de la demanda.

Confírmase el ordinal 1o. de la aludida sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de julio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO OBLIGATORIO/ACTO DE CONVOCATORIA-Impugnación/CONTROL JURISDICCIONAL/JURISDICCIÓN LABORAL/JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Al sindicato recurrente le asiste razón cuando plantea que la situación fáctica cuando la autoridad respectiva no convoca el tribunal de arbitramento es diferente a cuando este sí es convocado, porque evidentemente el control jurisdiccional sobre el acto de convocatoria lo tendrá la autoridad judicial encargada de verificar la regularidad del laudo arbitral, al paso que en la primera hipótesis, por razones obvias, el mismo control no podría ejercerse. Ello no indica que esta jurisdicción si sea la competente para el control del acto que no accede a convocar el tribunal de arbitramento. Se concluye entonces, que a términos del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo es a los jueces del trabajo a quienes corresponde conocer del conflicto jurídico colectivo planteado.

CONFLICTO ECONÓMICO COLECTIVO

El conflicto económico colectivo se genera, según la legislación del Código Sustantivo del Trabajo, entre trabajadores particulares, asociados o no, y sus empleadores y entre trabajadores oficiales, asociados o no, y sus empleadores, vale decir, entre quienes están vinculados por contrato de trabajo y sus empleadores.

CONFLICTO JURÍDICO COLECTIVO

El conflicto jurídico colectivo, planteado por el sindicato demandante con ocasión de la expedición de los actos acusados, frente a la aplicación o interpretación de las normas constitucionales legales que invoca como

infringidas, se origina no directa sino indirectamente de los contratos de trabajo de los trabajadores afiliados a aquel, por cuanto que como quedo visto es la existencia de contratos de trabajo lo que les permite a los trabajadores particulares como a los oficiales provocar un conflicto económico colectivo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 11078. Resoluciones Ministeriales. Actor: SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL VIDRIO Y AFINES DE COLOMBIA - SINTRAVIDRICOL-.

Conoce la Sala del recurso ordinario de súplica interpuesto por el **Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del vidrio y Afines de Colombia "Sintravidricol"** contra la providencia proferida por el consejero ponente el pasado 22 de marzo (fls. 117 a 122), en virtud de la cual se rechazó la demanda que dicha organización proletaria presentó ante el Consejo de Estado, pretendiendo la nulidad de las resoluciones 1737 del 2 de junio y 3014 del 24 de agosto, de 1994, proferidas por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que no excedieron a convocar un tribunal de arbitramento obligatorio para resolver un conflicto colectivo.

La providencia recurrida, en síntesis, considera que el acto que convoca a un tribunal de arbitramento para que dirima un conflicto colectivo, tiene su propio control jurisdiccional cuando la correspondiente Corporación judicial resuelve al recurso extraordinario de homologación que se interponga contra el laudo arbitral que aquel profiera, es decir que el juzgamiento de aquel acto le corresponde a la jurisdicción ordinaria laboral y, al efecto, se transcribe jurisprudencia de esta Sección.

El sindicato, a su vez, alega que la jurisprudencia que transcribe el auto recurrido se refiere a una situación de hecho diferente, porque en el caso allá debatido el acto acusado era de convocatoria del tribunal, mientras que aquí se impugna un acto que, por el contrario, negó dicha convocatoria; que las normas de competencia le asignan al Consejo de estado el conocimiento de la contención propuesta y que la solución que le da la jurisprudencia que se invoca como antecedente, en el sentido de que el control sobre tales actos le corresponde a la Corte Suprema de Justicia cuando conozca del recurso de homologación no puede haber sin laudo arbitral proferido por el respectivo tribunal de arbitramento.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

1. Al sindicato recurrente le asiste razón cuando plantea que la situación fáctica cuando la autoridad respectiva no convoca el tribunal de arbitramento es diferente a cuando este si es convocado, porque evidentemente el control jurisdiccional sobre el acto de convocatoria lo tendrá la autoridad judicial encargada de verificar la regularidad del laudo arbitral, al lapso que en la primera hipótesis, por razones obvias, el mismo control

no podría ejercerse.

2. Pero ello no implica que esta jurisdicción si sea la competente para el control del acto que no accede a convocar el tribunal de arbitramiento.

3. El **conflicto económico colectivo** se genera, según la legislación del Código Sustantivo del Trabajo, entre trabajadores particulares, asociados o no, y sus empleadores y entre trabajadores oficiales, asociados o no, y sus empleadores, vale decir, entre quienes están vinculados por contrato de trabajo y sus empleadores.

4. El **conflicto jurídico colectivo,** planteado por el sindicato demandante con ocasión de la expedición de los actos acusados, frente a la aplicación o interpretación de las normas Constitucionales legales que invocan como infringidas (fls. 101 y 102), se origina no directa sino indirectamente de los contratos de trabajo de los trabajadores afiliados a aquel, por cuanto como quedo visto es la existencia de contratos de trabajo lo que les permite a los trabajadores particulares como a los oficiales provocar un conflicto económico colectivo.

Adviértase que ni siquiera la existencia de sindicato es la condición de la ley para tal conflicto pueda provocarse, por cuanto que los trabajadores en los términos legales (artículo 481 CST, ley 50 de 1990, art. 70) lo puedan hacer directamente, con el propósito de suscribir un pacto colectivo.

5. Se incluye, entonces, que a términos del artículo 2°. del Código Procesal del Trabajo es a los jueces del trabajo a quienes corresponde conocer del conflicto jurídico colectivo planteado.

En mérito de lo dicho, la Sala de Decisión de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

RESUELVE:

CONFÍRMASE la providencia recurrida proferida por el Consejero Ponente el 22 de marzo de 1995.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Con Salvamento de Voto

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

MYRIAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO/ACTO DE CONVOCATORIA/JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA/COMPETENCIA

La convocación del Tribunal por el ministerio o su negativa no es un mero formulismo, sino una facultad, atribución o potestad de éste. Y es elemental suponer que para adoptar esa determinación debe estudiar los antecedentes y pasos que conducen a esa etapa del conflicto colectivo, por manera que el acto que produce no es simple trámite, sino que es un acto administrativo con las características del que se conoce como definitivo, porque le pone fin a la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve directamente sobre un aspecto concreto de aquel, como es el de la procedencia o no, del arbitramento obligatorio. En ese orden de ideas, como un acto administrativo definido, goza de la presunción de legalidad propia de esta clase de providencias. Y es de una claridad meridiana de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), al revisar la regularidad del laudo arbitral no puede romper ni quebrantar esa presunción de legalidad que ampara al acto administrativo de convocación del Tribunal de arbitramento obligatorio. Por estas mismas razones, es incuestionable que la providencia suplicada yerra cuando afirma que la ley no ha atribuido la competencia para examinar la legalidad de esta clase de actos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en verdad se trata de todo lo contrario, es decir, que conforme a lo dispuesto en los arts. 82 y 83 de C.C.A., es ésta y no la jurisdicción ordinaria, la competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos en comento. De suyo, resultaría insólita una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), rompiendo o desvirtuando la presunción de legalidad de esos actos.

SALVAMENTO DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Al auto dictado el 18 de julio de 1995 en el Expediente No. 1178 - Resoluciones ministeriales.- Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria del Vidrio y Afines de Colombia "Sintravidricol".-

Santa Fe de Bogotá, D.C., julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Con todo respeto debo consignar mi disentimiento de la tesis mayoritaria adoptada por la Sala de Decisión, por las siguientes razones:

Un primer aspecto esencial, es el de determinar si en verdad el juzgamiento de los actos de convocación de un tribunal de arbitramento obligatorio, en cuanto "forma parte de toda una actuación que se origina con la denuncia de la convención colectiva de trabajo y culmina con la sentencia que dicta la Corte Suprema de justicia, al resaltar el recurso extraordinario de homologación", le corresponden a la jurisdicción ordinaria.

Esto es, si estamos ante un acto legítimo de "prórroga de competencia", o sea, el fenómeno que se produce cuando un juez que inicialmente no tenía esa atribución se le extiende por mandato legal.

Los artículos 82 y 83 del C.C.A., disponen lo siguiente:

> "Artículo 82.- **Objeto de la jurisdicción en lo contencioso-administrativo.-** La jurisdición de lo Contencioso Administrativo 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."
>
> "Esta jurisdicción podrá juzgar, inclusive, las controversias que se originen en los actos políticos o de gobierno."
>
> "La jurisdicción de lo contencioso-administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley". (Decreto ley 2304 de 1989, art. 12).
>
> "Artículo 83.- **Extensión del control.** La jurisdicción de lo contencioso-administrativo juzga los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativas y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativa, de conformidad con este estatuto." (Decreto ley 2304 de 1989, art. 13).

Resulta necesario, también, recordar que el artículo 50 del C.C.A. consagra en su inciso final, que:

"**Son actos definitivos, que ponen fin a una actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto;** los actos de tramite podrán fin a una actuación cuando hagan imposible continuarla." (se destaca en negrillas lo pertinente).

Ahora bien, el artículo 2o. del C.S. del T. establece que las relaciones de Derecho Colectivo de Trabajo de los empleados oficiales, y entre ellos los trabajadores oficiales, que rigen por ese estatuto.

Por su parte, el artículo 143 de C.P.L., en el cual se apoya el auto suplicado reza:

"HOMOLOGACIÓN DE LAUDOS DE TRIBUNALES ESPECIALES.- El laudo que profiera un tribunal especial de arbitramento, será remitido con todos los antecedentes al Tribunal Supremo del Trabajo (hoy Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema), para su homologación, a solicitud de una de las partes o ambas, presentada dentro de los tres días siguientes al de su notificación. El tribunal, dentro del término de cinco días, **verificará la regularidad del laudo y lo declarara exequible, confiriéndole fuerza de sentencia, si el Tribunal de Arbitramento no hubiere extralimitado el objeto para el cual se le convocó, o lo anulará en caso contrario.**" (Se destaca en negrillas).

"Si el tribunal hallare que no se decidieron algunas de las cuestiones indicadas en el decreto de convocatoria, devolverá el expediente a los árbitros, con el fin de que se pronuncien sobre ellas, señalándoles plazo al afecto, sin perjuicio de que ordene, si lo estiman conveniente, la homologación de lo ya decidido".

Es menester observar, entonces, que la tarea que en estos casos le asigna el legislador a la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), es la de "VERIFICAR LA REGULARIDAD DEL LAUDO". Otra cosa es que le asigne la competencia para estudiar la legalidad, inclusive, de la convocación del tribunal de arbitramiento, lo cual no surge, –*prima facie*, al menos–, del texto anterior.

A su vez, el artículo 452 del C.S. del T., subrogado por el 34 del decreto ley 2351 de 1.965, sobre "PROCEDENCIA DEL ARBITRAMENTO", señala:

"1. Serán sometidos a arbitramento obligatorio:

a) Los conflictos colectivos de trabajo que se presentan en los servicios públicos y que no hubieren podido resolverse mediante arreglo directo o por conciliación, y

b) Los conflictos colectivos del trabajo en que los trabajadores optaren por el arbitramento, conforme a lo establecido en el artículo 31 de este decreto.

2. Los conflictos colectivos de otras empresas podrán ser sometidos a arbitramento voluntario por acuerdo de las partes".

Del mismo modo, el artículo 3o. de la ley 48 de 1.968, numeral 2 dispone:

> "En cualquier momento, antes de la declaración de huelga o durante su desarrollo, el sindicato o sindicatos que estén afiliados más de la mitad de los trabajadores, o en defecto de estos, los trabajadores en asamblea general, podrá solicitar que las diferencias precisas respecto de las cuales no se haya producido acuerdo entre las partes en las etapas de arreglo directo y de conciliación, contenidas en el pliego de peticiones de los trabajadores como proyecto de convención colectiva o de pacto colectivo de trabajo, **sean sometidas al fallo de un tribunal de arbitramento obligatorio constituido en la forma que se determina más adelante. El ministro de Trabajo, de oficio a solicitud del sindicato o sindicatos, o en defecto de estos, de los trabajadores,** en asamblea general someterá a votación de la totalidad de los trabajadores de la empresa si desea no sujetar las mencionadas diferencias a fallo arbitral, y si la mayoría absoluta de ellos optare por lo primero, no se suspenderá el trabajo o se reanudara dentro del termino máximo de tres (3) días hábiles si se hallare suspendido, y **se convocará dentro de los dos (2) días hábiles siguientes el tribunal de arbitramento obligatorio llamado a proferir dicho fallo**". (Se destaca en negrillas).

Como es sabido, el numeral 3 del mismo estatuto dispone cómo se compone o integra el tribunal.

De lo anterior se desprende que la convocación del tribunal por el ministerio o su negativa no es un mero formulismo, sino una facultad, atribución o potestad de éste. Y es elemental suponer que para adoptar esa determinación debe estudiar los antecedentes y pasos que conducen a esa nueva etapa del conflicto colectivo, por manera que el acto que produce no es de simple trámite, sino que es un acto administrativo con las características del que se conoce como definitivo, porque le pone a fin a la actuación administrativa (la que corresponde al ministerio) y resuelve directamente sobre un aspecto concreto de aquel, como es el de la procedencia o no, del arbitramento obligatorio.

En ese orden de ideas, como acto administrativo definitivo, goza de la presunción de legalidad propia de esta clase de providencias. Y es de una claridad meridiana que la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), al revisar la regularidad del laudo arbitral no puede romper ni quebrantar esa presunción de legalidad que ampara el acto administrativo de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio.

En efecto, una cosa es que el laudo, en sí mismo, no sea contrario a la Constitución, la ley o las normas convencionales y otra muy distinta, que el acto de convocación del tribunal de arbitramento obligatorio, por vicios preexistentes, pueda ser ilegal y por tanto, nulo.

Porque no debe olvidarse que cuando la ley le asigna esa atribución al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social lo que hay de por medio es una razón política, de Estado, en cuanto a éste le conciernen el manejo de la paz laboral y de la economía nacional,

profundamente comprometida con el desenvolvimiento de la negociación colectiva, pues que de allí se desprenden o al menos se ajustan las directrices gubernamentales en materia de empleo y otros frentes.

Por estas mismas razones, es incuestionable que la providencia suplicada yerra cuando afirma que la ley no le ha atribuido la competencia para examinar la legalidad de esta clase de actos a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pues en verdad se trata de todo lo contrario, es decir, que conforme a lo dispuesto en los artículos 82 y 83 del C.C.A., es ésta y no la jurisdicción ordinaria, la competente para juzgar la legalidad de los actos administrativos en comento. De suyo, resultaría insólita una decisión de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Laboral), rompiendo o desvirtuando la presunción de legalidad de esos actos.

Lo que ocurre como ya se anotó, es que en tratándose del arbitramento obligatorio, lo que hacen los árbitros y lo que juzga la Corte es lo que habrían podido acordar o convenir directamente las partes; en cambio, el acto de convocación o su negativa, es un típico acto administrativo, exclusivo del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, cuyo censor de legalidad no puede ser otro que no esta jurisdicción; no la ordinaria.

No sobra destacar que el auto recorrido se hace hincapié en que la propia Corte ha sostenido en ella es la que examina **"la regularidad del laudo"** y **"si el tribunal ha sido integrado conforme a la ley"**; mas no examina, –ni puede hacerlo–, la legalidad del acto de convocación del tribunal, proferido por el Ministro de Trabajo y Seguridad Social.

Por consiguiente, con fundamento en estos razonamientos, estimo que ha debido revocarse el auto suplicado.

Con todo comedimiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

BANDA DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL-Miembro/**PERSONAL MILITAR**-Asimilación/**PRESTACIONES SOCIALES**

En cuanto a lo que el actor denomina como militarización de los servicios civiles prestados en la banda de música del Ejército Nacional, y que técnicamente se ha denominado como "asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional", conviene señalar que tanto la Sala Plena, como esta Sala, ha sostenido la vigencia actual del art. 1o. de la ley 103 de 1912. Por consiguiente, como el actor prestó sus servicios como Director de la Banda de Músicos del Batallón de Infantería durante 20 años en el tiempo comprendido entre el 1o. de noviembre de 1964 y el 1o. de febrero de 1985, se concluye que el demandante se reputa como militar para todos los efectos prestacionales según lo ha dicho la ley y la jurisprudencia, y en consecuencia, se anulará el oficio, y como restablecimiento del derecho se ordena que se tengan como tiempo militar los servicios en la banda de música.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Exp. No. 5894. Actor: SANTOS ANTONIO LÓPEZ.

SANTOS ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, solicita se declare la nulidad del acto contenido en el oficio 21/200 CEDE 1/AL/714 del 1o. de junio de 1989, mediante el cual

el Comandante del Ejército Nacional le niega "la militarización" del servicio prestado como Director de la Banda de Músicos del Batallón de Infantería No. 14 "Ricaurte" en el grado de adjunto especial, la asignación mensual y por consiguiente, el reajuste a las prestaciones sociales liquidadas en la resolución No. 3405 de 1986, por cuanto las leyes que regulan el régimen militar no contemplan la aplicación de la ley 103 de 1912. (f. 2 y 3).

Dicha solicitud de nulidad fue expuesta en la corrección de la demanda ordenada por el Tribunal Administrativo en providencia de 15 de septiembre de 1989, visible a folios 15 y 16.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander se declaró inhibido para pronunciarse en el fondo por caducidad de la acción respecto de la liquidación de cesantía, expedición de hoja de servicios y nulidad de la resolución 3405 de 1986, y denegó las demás peticiones, por considerar que no existe ninguna norma que reconozca el derecho a la militarización de los servicios del actor para efectos prestacionales, puesto que la ley 103 de 1912 quedó sin vigencia.

En uno de sus apartes, dijo el Tribunal lo siguiente:

> "Así las cosas, el Tribunal estima que los derechos reclamados por el actor sobre militarización de los servicios para asimilarlo al grado de Mayor del Ejército y a su vez reajustarle las prestaciones sociales respectivas, carecen de fundamento legal, pues como se dejó anteriormente planteado, las normas que rigieron durante el lapso de prestación del servicio, fueron correctamente aplicadas."

EL RECURSO

El actor interpuso el recurso de apelación contra el anterior fallo, por estimar que la ley 103 de 1912 no ha sido derogada expresa, ni tácitamente, y por consiguiente, como se trata de una norma especial, prima sobre los diferentes estatutos generales que se han expedido para las fuerzas militares desde el citado año de 1912. Dijo el actor en uno de sus apartes:

> "(...)"
>
> Son estatutos especiales en verdad porque regulan materias militares, pero para referirlos a la ley 103 de 1912. No hay referencia a estos miembros. –perdóneseme el pleonasmo, luego prefiere, la ley 103 de 1912, por ser especialísima y única para tal sector al que la ley le reputa militares sus servicios.
>
> No se aplicó en su sentido obvio y natural el artículo 5o. de la ley 57 de 1887."

EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Novena en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado, solicita se confirme el fallo, por estimar que el artículo 1o. de la ley 103 de 1912 no se encuentra vigente y por consiguiente, no le asiste razón al actor en sus peticiones.

Agrega la Procuraduría que comparte la declaratoria de caducidad de la acción, porque la resolución No. 3405 del 24 de junio de 1986, cuando se presentó la demanda la acción ya estaba caducada, y no puede aceptarse que se revivan términos con solicitudes extemporáneas. Dijo la Procuradora lo siguiente:

> "En consecuencia, la impugnación de la resolución 3405 del 24 de junio de 1986, debió realizarse dentro del término de caducidad correspondiente. Y no reviviendo términos, por medio de solicitud extemporánea relacionada con la decisión de la resolución ejecutoriada, para procurar la manifestación ficta o expresa de la administración, como ocurrió en el *sub-júdice*."

CONSIDERACIONES:

1) En cuanto a lo que el actor denomina como militarización de los servicios civiles prestado en la banda de música del Ejército Nacional, y que técnicamente se ha denominado como "asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional", conviene señalar que tanto la Sala Plena, como esta Sala, han sostenido la vigencia actual del artículo 1o. de la ley 103 de 1912.

En efecto, mediante fallo de 20 de agosto de 1993, expediente 5625, con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, la Sala dijo al respecto:

> "(...)"
>
> "3) Como la discrepancia entre el actor y el Ministerio de Defensa Nacional, se basa únicamente en el alcance que tiene la asimilación a militares de los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional, deberá examinarse la norma correspondiente y lo que al respecto ha dicho la jurisprudencia:
>
> Ley 103 de 1912. Artículo 1o.
>
> "Los miembros de las bandas de música del ejército se reputan militares para los efectos de la ley 149 de 1896 y se les computará en su hoja de servicios tanto el tiempo que hayan estado en las bandas oficiales de la Nación o de los Departamentos después del 7 de agosto de 1886, inclusive el transcurrido desde la vigencia de la ley 17 de 1907, como el que estuviere al servicio de la República, en las bandas oficiales de los Estados Unidos de Colombia o de cualquiera de los Estados de la Nación Colombiana."

4) Sobre el particular la Sala Plena del Consejo de Estado en fallo de 18 de septiembre de 1979, expediente No. 10035, con ponencia del Dr. Carlos Betancur Jaramillo, dijo:

"(...)"

"Las transcripciones precedentes muestran cómo los miembros de las bandas de guerra del ejército se reputan militares para los efectosde la ley 149 de 1896 y esta asimilación se refiere exclusivamente al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, y así como los militares propiamente tales transmiten sus derechos prestacionales a sus causahabientes, igual cosa sucede con los civiles asimilados legalmente a aquéllos."

5) Igual criterio expuso esta Sala en sentencia de 10 de agosto de 1973, con ponencia del Dr. Eduardo Aguilar Vélez, en uno cuyos apartes dijo:

"Para la Sala la cuestión no ofrece mayor problema: Los miembros de las bandas de música del ejército se reputan militares para efectos de obtener la pensión. Si esto es así y normas posteriores a la ley 103 de 1912, dispusieron que tales pensiones pudieran ser transmitidas a los beneficiarios de los militares, resulta obvio y claro que esto comprende también a las personas que se reputaban militares.

Así se desprende de los antecedentes que dieron origen a la Ley de 1912. A los miembros de las bandas de música al servicio del ejército debe considerárseles como militares en servicio activo.

Ahora bien, a la muerte de un oficial que se encuentre en goce de sueldo de retiro, sus hijas célibes, a falta de la cónyuge y de hijos menores, tienen derecho a percibir las dos terceras partes (2/3) de la asignación de retiro que correspondía al militar."

La Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 9 de marzo de 1994, expediente número S-185, con ponencia del Doctor Carlos Betancur Jaramillo, reiteró el criterio de la asimilación a militares de los servicios prestados por los miembros de las bandas de música del Ejército Nacional.

2) Por consiguiente, como el actor prestó sus servicios como Director de la Banda de Músicos del Batallón de Infantería durante 20 años en el tiempo comprendido entre el 1o. de noviembre de 1964 y el 1o. de febrero de 1985, según quedó probado mediante copia de la Resolución No. 3405 del 24 de junio de 1986, proferida por el Ministerio de Defensa Nacional se concluye que el demandante se reputa como militar para todos los efectos prestacionales según lo ha dicho la ley y la jurisprudencia, y en consecuencia, se anulará el oficio, y como restablecimiento del derecho se ordena que se tengan como tiempo militar los servidos en la banda de música.

3) No obstante lo anterior, y como el Ministerio de Defensa le negó al actor la pensión de jubilación, por encontrarse percibiendo una pensión de jubilación del Departamento

de Santander en el ramo de la instrucción pública, la Sala sin embargo no puede entrar a examinar este punto por no haber sido demandado.

4) No se decreta el reconocimiento de tiempos dobles, por cuanto no quedó establecido en el proceso que el Gobierno Nacional hubiera tenido como tales, los servicios prestados por el actor en dicho período y en sitios de turbación del orden público.

5) Respecto de la solicitud del reajuste del auxilio de cesantía y demás derechos prestacionales, conviene señalar que sobre la liquidación de tales derechos, el Ministerio de Defensa Nacional, se pronunció mediante la resolución No. 3405 de 24 de junio de 1986.

No consta en el proceso la época de notificación de dicha resolución, ni el actor se opone a que su conocimiento se remonte al día de su expedición, y por lo tanto, para los efectos legales de tal acto administrativo en este expediente se tendrá como fecha de conocimiento por parte del actor tal fecha, y por consiguiente, como la demanda se presentó el día 11 de septiembre de 1989 en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y fue recibida el día 12 de septiembre de 1989 por el Tribunal de Santander, se concluye que la acción ya había caducado para esta fecha.

6) En cuanto a la asimilación del actor al grado de mayor, teniendo en cuenta la antigüedad de los servicios, conviene expresar que este hecho no fue negado por el Ministerio de Defensa Nacional en el acto acusado contenido en el oficio No. 21280 de 1o. de junio de 1989, y por consiguiente no existe acto susceptible de ser anulado.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia del 29 de abril de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, en demanda promovida por SANTOS ANTONIO LÓPEZ CASTILLO, la cual quedará así:

ANÚLASE parcialmente el contenido del oficio número 21280, CEDEI-AJ-714 de 1o. de junio de 1989, suscrito por el Comandante del Ejército Nacional, General Nelson Mejía Henao, en la siguiente forma: Para todos los efectos legales y prestacionales, asimílanse a militares los servicios prestados por el actor al Ministerio de Defensa Nacional como director de la banda de músicos del batallón de Infantería No. 14 "Ricaurte", en el período comprendido entre el día 1o. de noviembre de 1964 y el 1o. de febrero de 1985, y los tres meses siguientes de alta.

DECLÁRASE INHIBIDO para pronunciarse en el fondo sobre las peticiones de reajuste de cesantías por caducidad de la acción, asimilación del actor al grado de

mayor y orden de elaboración de la hoja de servicios militares, conforme a lo antes expuesto.

DENIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, y una vez ejecutoriada, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintidós (22) de junio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Presidente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DIEGO YOUNES MORENO

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera las sentencias del 20 de agosto de 1993 Exp. 5625, Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO, Actor: ANA FLÓREZ TOVAR Y O.; y de la sentencia del 9 de marzo de 1994, Exp. S-185. Ponente: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

BANDA DE MÚSICA DEL EJÉRCITO NACIONAL-Miembro/MILITARIZACIÓN DE SERVICIOS-Improcedencia/DEROGATORIA DE LA LEY

No es procedente la pretensión relacionada con la militarización de los servicios prestados por el actor como miembro de bandas de música en el Ejército Nacional, como se pide en la demanda con apoyo en el artículo 1o. de la Ley 103 de 1912. La razón por la cual este Despacho asume tal posición frente a las pretensiones de la parte actora, se fundamenta en la expresa manifestación del legislador, por la cual se PROHÍBE hacer tal asimilación. El artículo 1o. de la Ley 103 de 1912, no puede entenderse vigente porque como lo dice expresamente su texto: "Los miembros de las Bandas de Música de Ejército se reputan militares para efecto de la Ley 149 de 1886... "Por lo tanto, al ser reformada, derogada o modificada la Ley 149 de 1886, obviamente, cambian sus efectos y por ende, las consecuencias jurídicas de la Ley 103 de 1912 (Artículo 1o.), de acuerdo con lo señalado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887. Según esta disposición, una ley derogada, como lo es la Ley 149 de 1886, no revivirá por las solas referencias que a ella se haga, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. "Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma que aparezca reproducida en una ley nueva"

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Santa Fe de Bogotá, D.C., julio veintiuno (21) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Referencia: Expediente No. 5894. Autoridades Nacionales. Apelación Sentencia. Actor: SANTOS LÓPEZ CASTILLO.

La suscrita Consejera se aparta del criterio mayoritario de la Sala porque considera que la sentencia debió ser confirmada en su totalidad.

En relación con la petición de "militarización de servicios" a la cual se accede, son ciertos y suficientes los argumentos expuestos por la señora Procuradora Novena Delegada en lo Contencioso ante el Consejo de Estado, que como fundamento del salvamento de voto, me permito transcribir:

> "1o.- No es procedente la pretensión relacionada con la militarización de los servicios prestados por el actor como miembro de bandas de música en el Ejército Nacional, como se pide en la demanda con apoyo en el artículo 1o. de la Ley 103 de 1912. La razón por la cual este Despacho asume tal posición frente a las pretensiones de la parte actora, se fundamenta en la expresa manifestación del legislador, por la cual se PROHÍBE hacer tal asimilación.
>
> La ley **126 de 1959**, en su artículo 138 expresa:
>
> **'PARA EFECTOS FISCALES QUEDA PROHIBIDO ASIMILAR LOS SUELDOS DE LOS CARGOS ADMINISTRATIVOS AL DE LOS GRADOS MILITARES'** (Mayúsculas de la Procuraduría)
>
> De conformidad con el texto legal transcrito, la Procuraduría considera que a partir de la vigencia de la Ley 126 de 1959 (*) (La ley 126 de 1959, fue promulgada en el Diario Oficial 30136 y entró en vigencia el 1o. de enero de 1960, según el mandato de su artículo 140) en la cual se reguló lo concerniente a la carrera profesional de los Oficiales de las Fuerzas Militares y **sus prestaciones**, no es permitido legalmente, aplicar aquellas leyes **anteriores** que autorizaban para algunos efectos asimilar los servicios de los miembros de las Fuerzas Militares de la República prestados por civiles, especialmente en materia prestacional.
>
> En consecuencia las Leyes 103 de 1912, 102 de 1927, 107 de 1928, 45 de 1931 y aun la ley 2a. de 1945, en cuanto permitían la asimilación militar, quedaron derogadas por la expresa prohibición establecida en la Ley 126 de 1959, artículo 138, transcrito anteriormente.
>
> 2o.- Además, por si lo anterior no fuera lo suficientemente claro, el artículo 1o. de la Ley 103 de 1912, no puede entenderse vigente porque como lo dice expresamente su texto: 'Los miembros de las Bandas de Música del Ejército se reputan militares **para efectos de la Ley 149 de 1886**... 'Por lo tanto, al ser reformada, derogada o modificada la Ley 149 de 1886, obviamente, cambian **sus efectos** y por ende, las consecuencias jurídicas de la Ley 103 de 1912 (Artículo 1o.), de acuerdo con lo señalado en el artículo 14 de la Ley 153 de 1887. Según esta disposición, una ley derogada, como lo es la Ley 149 de 1886, no revivirá por las solas referencias que a ella se haga, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. 'Una disposición derogada sólo recobrará su fuerza en la forma que aparezca **reproducida en una ley nueva**'" (Resalta la Procuraduría).

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT/ENTIDADES DESCENTRALIZADAS/TRABAJADORES OFICIALES/CONVENCIÓN COLECTIVA/CONTRATO ADMINISTRATIVO-Improcedencia/**JURISDICCIÓN ORDINARIA LABORAL/COMPETENCIA**

Si bien la regla general indica que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, la ley prevé que quienes trabajan en la construcción y sostenimiento de las obras públicas tengan la categoría de trabajadores oficiales y también aquellas personas que desempeñen actividades precisadas en los estatutos, las cuales por su naturaleza no correspondan a empleados públicos. Es obvio que las relaciones de la empresa con los trabajadores oficiales van al conocimiento de la justicia ordinaria, y que la convención colectiva que se suscriba con el sindicato, regulará los contratos de trabajo que celebre con sus trabajadores, y únicamente podrá beneficiarlos a ellos, pues los empleados públicos no se vinculan por una relación contractual ni pueden celebrar convenciones colectivas. La convención colectiva, que de acuerdo a nuestro Código Sustantivo del Trabajo es un acto jurídico plurilateral de contenido normativo, puesto que fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo mientras esté vigente, no puede equipararse, como lo hizo ver acertadamente el tribunal, a una decisión unilateral de la administración, ni a un contrato administrativo. Los jueces naturales de estas controversias son los jueces de la justicia ordinaria laboral, así como los de la jurisdicción contencioso administrativa lo son para conocer de actos administrativos unilaterales y de los contratos celebrados por entidades estatales, salvo las excepciones que consagre la ley.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 11606. Apelación interlocutorios. Actor: EMPRESA DE TELÉFONOS DE GIRARDOT.

Se procede a decidir el recurso de apelación interpuesto por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE GIRARDOT mediante apoderado, contra el auto de 6 de mayo de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "C", por el cual se inadmitió la demanda por falta de jurisdicción.

ANTECEDENTES

La Empresa de Telecomunicaciones de Girardot demandó la nulidad de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ella y el Sindicato de Trabajadores, firmada el 4 de octubre de 1991, para una vigencia de 2 años contados a partir del 1o. de enero de 1992.

La Empresa demandante afirma que el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer del proceso de conformidad con el numeral 2 del artículo 132 del C.C.A.

Sobre este aspecto hace la precisión de que la acción interpuesta no está encaminada a que se reseuelvan controversias de carácter laboral que se deriven de la convención, sino a definir la legalidad de la actuación de la entidad al suscribir una convención colectiva de trabajo con sus empleados, en contravención de la ley que no le permitía celebrarla dada la naturaleza de la empresa y de sus trabajadores.

EL AUTO APELADO

El Tribunal inadmitió la demanda por falta de jurisdicción, aduciendo que:

Una Convención Colectiva de Trabajo difiere en su naturaleza de un acto administrativo pues este último contiene la declaración unilateral de voluntad de la administración, mientras que la convención colectiva se celebra entre uno o varios patronos de una parte y uno o varios sindicatos, asociaciones o federaciones de otra.

A su vez la Jurisdicción Contenciosa ha sido instituida para revisar la legalidad de las actuaciones de la administración y en materia laboral para resolver las controversias que no provengan de un contrato de trabajo, pues estas últimas deben ser dirimidas por la justicia ordinaria laboral.

No podría revisarse una convención colectiva de trabajo bajo el pretexto de ejercitar contra ella una acción contractual pues estas abarcan los litigios originados en contratos administrativos propiamente dichos, regulados por un estatuto especial, del cual está

excluido el contrato de trabajo y asignado a otra jurisdicción (art. 2 del Dec. 2158 de 1948), así como los asuntos sindicales (arts. 474 y s.s. del C.S.T.).

EL RECURSO

En su escrito el apelante sostiene que la demanda debe ser admitida por las siguientes razones:

El Tribunal no captó el objeto de la acción interpuesta, el cual consiste en declarar ilegal y nula la actuación administrativa cumplida por la Empresa de Telecomunicaciones de Girardot al celebrar con el Sindicato de sus empleados una convención colectiva en abierta contravención del artículo 416 del C.S.T.

Es decir, que el Tribunal ha desconocido que en la suscripción de dicha convención está implícita una decisión administrativa que tiene las mismas consecuencias que las de carácter unilateral y que por su origen y naturaleza su juzgamiento no puede corresponder a jueces comunes sino a los especializados de la jurisdicción contenciosa.

Puntualiza que la controversia no está centrada en derechos individuales o colectivos de los empleados públicos de la Empresa en cuestión, sino que ésta se encamina a determinar si un establecimiento público en el cual todos sus trabajadores son empleados públicos, puede utilizar procedimientos de derecho privado cuando todas sus actuaciones se rigen por el derecho público.

Considera que si todas las actuaciones de un establecimiento público son de derecho público, necesariamente su juez debe ser el especializado de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, resultando absurdo que un juez laboral ordinario conozca de actuaciones administrativas.

Agrega que cuando la administración va a demandar sus propios actos porque los encuentra irregulares debe hacerlo ante la jurisdicción contenciosa que es su juez natural.

Finaliza señalando que aunque lo que motivó la acción fue la celebración de una convención colectiva de trabajo, denominación que arbitrariamente se dio a esa actuación administrativa irregular, no se puede llegar a la conclusión de que la demanda verse sobre derechos individuales o colectivos, pues se trata es de invalidar esa actuación en sí misma considerada independiente de los efectos que haya podido producir.

CONSIDERACIONES

Dirá la Sala en primer término, que ante la jurisdicción Contencioso Administrativa no es posible demandar una actuación administrativa, haciendo abstracción del resultado concreto de la misma; uno de los requisitos de la demanda consiste en individualizar con toda precisión el acto que se acusa.

Así las cosas, y aun cuando el litigio planteado no se refiera a derechos individuales de un trabajador o de varios, es imposible desconocer que se está pidiendo la nulidad de

una convención colectiva de trabajo, que sirve ni más ni menos de contenido obligatorio de los contratos individuales de trabajo que se celebren en la Empresa de Telecomunicaciones de Girardot, durante su vigencia.

La parte recurrente sostiene que siendo la Empresa de Telecomunicaciones de Girardot un establecimiento público, todas sus actuaciones deben ser controladas por la jurisdicción contencioso administrativa. La Sala encuentra que no es exacto este planteamiento, pues las entidades descentralizadas de esta naturaleza están autorizadas por la ley para cumplir, excepcionalmente, actuaciones que se rigen por el derecho privado y pueden ser controladas por la justicia ordinaria.

Si bien la regla general indica que las personas que prestan sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos, la ley prevé que quienes trabajan en la construcción y sostenimiento de obras públicas tengan la categoría de trabajadores oficiales y también aquellas personas que desempeñen actividades precisadas en los estatutos, las cuales por su naturaleza no correspondan a empleados públicos.

Es obvio que las relaciones de la empresa con los trabajadores oficiales van al conocimiento de la justicia ordinaria, y que la convención colectiva que suscriba con el sindicato, regulará los contratos de trabajo que celebre con sus trabajadores, y únicamente podrá beneficiarlos a ellos, pues los empleados públicos no se vinculan por una relación contractual ni pueden celebrar convenciones colectivas.

La convención colectiva, que de acuerdo a nuestro Código Sustantivo del Trabajo es un acto jurídico plurilateral de contenido normativo, puesto que fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo mientras esté vigente, no puede equipararse, como lo hizo ver acertadamente el Tribunal, a una decisión unilateral de la administración, ni a un contrato administrativo. Y así como la jurisdicción contencioso administrativa es la llamada a controlar estas actuaciones de la administración, la justicia ordinaria laboral es la encargada de conocer de todos los conflictos que se originen en la actuación consistente en la suscripción de una convención colectiva, bien sea por su inaplicación porque una de las partes considere que no se celebró dentro del marco de la ley, –por ejemplo por haber pactado que beneficie a los empleados públicos– o por la interpretación que de ella se haga, en los casos concretos en los cuales se aplique.

Los jueces naturales de estas controversias son los jueces de la justicia ordinaria laboral, así como los de la jurisdicción contencioso administrativa lo son para conocer de actos administrativos unilaterales y de los contratos celebrados por entidades estatales, salvo las excepciones que consagre la ley.

En resumen: la Sala no tiene duda ninguna acerca de que lo que se está pidiendo es la nulidad de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Empresa de Teléfonos de Girardot y el Sindicato de Trabajadores de la misma el 4 de octubre de 1991, depositada en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el 7 de octubre del mismo año, porque así se lee en el libelo.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 83 del C.C.A., según el cual esta jurisdicción está instituida para juzgar los actos administrativos, los hechos, las omisiones, las operaciones administrativa y los contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad de las entidades públicas y de las personas privadas que ejerzan funciones administrativas, una convención colectiva de trabajo, que no encaja en ninguno de los anteriores supuestos, no puede acusarse ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque además, el conflicto que se plantee tiene que ver necesariamente con contratos individuales de trabajo, dado que por mandato legal forma parte de ellos durante su vigencia.

El planteamiento de la parte demandante, que trata de hacer ver que sólo acusa una actuación abstracta de una entidad pública no es útil para determinar la competencia en este asunto, porque esa actuación se tradujo en un acto jurídico multilateral llamado convención colectiva de trabajo, regido por el Código Sustantivo de la materia, y de cuyos efectos conoce la justicia ordinaria laboral.

Así las cosas, el auto del Tribunal deberá confirmarse.

Por lo expuesto, se RESUELVE:

Confirmar el auto de 6 de mayo de 1994 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección II, Subsección "C".

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de junio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTARIO EN PROPIEDAD-Requisitos/**NOMBRAMIENTO EN PROPIEDAD/ FACULTAD DISCRECIONAL/CONCURSO/NOMBRAMIENTO EN INTERINIDAD/ESTABILIDAD**

Estatuye el art. 146 del decreto 960 de 1970 que para ser notario en propiedad se requiere el lleno de los requisitos exigidos para la correspondiente categoría, y además, haber sido seleccionado mediante concurso. Sin embargo, la misma norma dice que la postulación y la designación podrá hacerse prescindiendo de la selección mediante concurso, cuando éste no se haya realizado y cuando se hayan agotado las listas de quienes la aprobaron. La designación en propiedad da derecho a no ser suspendido ni destituido en los casos y con las formalidades que determina dicho estatuto. El citado precepto faculta a la entidad nominadora para efectuar nombramientos en propiedad por fuera del concurso, en dos eventos; cuando éste no se haya realizado y cuando se hayan agotado las listas de quienes lo aprobaron. Establece además, que sólo gozan de estabilidad relativa dentro del respectivo período los notarios nombrados en propiedad. Por el hecho de venir desempeñando el cargo en interinidad, es muy claro el art. 149 del decreto 960 de 1970, en cuanto estatuye que dentro del respectivo período los interinos que reúnan los requisitos legales tienen derecho de permanencia mientras subsista la causa de la interinidad y no se provea el cargo en propiedad. En otras palabras, el actor no probó el presupuesto del cual podría derivarse la estabilidad, como el lleno de los requisitos legales para el desempeño del cargo.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., julio diecinueve (19) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 5144. AUTORIDADES NACIONALES. Actor: LUIS ALBERTO HOYOS CASTAÑO.

Entra la Sala a decidir acerca del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 22 de mayo de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, por la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, que por conducto de apoderado, incoó el señor Luis Alberto Hoyos Castaño, tendiente a obtener la nulidad del decreto 813 de 29 de abril de 1988 emanado de la Presidencia de la República y de la resolución No. 2648 de 25 de mayo del mismo año proferida por la Superintendencia de Notariado y Registro, por las cuales, en su orden, se nombró y confirmó al doctor Alberto Moreno Rojas para el cargo de notario único del Círculo del Líbano (Tolima) en reemplazo del señor Luis Alberto Hoyos Castaño.

I.- DE LA DEMANDA

En resumen, el fundamento fáctico de la demanda se hizo consistir en que el actor venía vinculado a la administración o más concretamente a la Superintendencia de Notariado y Registro, por sucesivas relaciones de derecho administrativo, y que para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1985 y el 31 de diciembre de 1989, desempeñaba el cargo de notario único del mencionado círculo en interinidad.

Que por acuerdo No. 003 de 1985, en Consejo Superior de la Administración de Justicia convocó a concurso para el ingreso al servicio para cargos de notarios, entre ellos el del Líbano, pero que para esta notaría, nadie concursó. En tales condiciones, arguye el demandante, el tenía pleno derecho a permanecer en el cargo, porque la causa de su interinidad en el respectivo período no era otra que la falta de respectivo concurso y que por antigüedad, méritos y equivalencias, no podía ser removido libremente del cargo. Por tal razón, el nombramiento en propiedad recaído en el doctor Moreno Rojas se llevó a cabo irregularmente, con clara violación de la ley, porque se hizo sin el requisito del concurso.

Como normas violadas se citaron en la demanda las siguientes: artículo 145, 146, 148, 149, 168, 169 y 170 del decreto 960 de 1970 y 2, 16, 17, 20, 30 y 62-2 de la Constitución política vigente en la época.

Se afirma en el libelo, a manera de desarrollo del concepto de violación, que el acto administrativo por el cual se desvinculó al actor, violó las normas de carácter legal citadas, ya que éstas preceptúan que para ser nombrado notario en propiedad, además de reunir los requisitos legales exigidos, debe ser seleccionado mediante concurso; por tal razón, el funcionario no puede ser nombrado discrecionalmente por la administración, y que en el servicio notarial, el nombramiento en interinidad, por excepción, da lugar a la estabilidad y que además tenía pleno derecho a la legalidad de su reemplazo.

II.- DE LA SENTENCIA RECURRIDA

Para fundamentar su providencia, el Tribunal Administrativo del Tolima estima en síntesis que de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente, por decreto 1035 de 1980 el señor Luis Alberto Hoyos Castaño fue nombrado notario único del Líbano para el período comprendido entre el lo. de enero de 1980 y el 31 de diciembre de 1984, pero que, terminado el período anterior, el actor siguió en la misma situación de interinidad, en el desempeño de sus funciones dentro del período que se inició el lo. de enero de 1985 hasta que hizo entrega del cargo a su sucesor el 7 de junio de este mismo año.

También aparece en autos, que por acuerdo 003 de 1985 se convocó a concurso para ingreso al servicio notarial, entre otros círculos, el único del Líbano, el cual fue declarado desierto por acuerdo 007 del mismo año. Lo anterior da a entender que el doctor Alberto Moreno Rojas fue nombrado, no mediante el sistema de concurso, pues éste fue declarado desierto, sino al tenor de lo estatuido en el artículo 146 del decreto 960 de 1970, que autoriza la postulación y designación en propiedad de notarios, prescindiendo de la selección de los candidatos mediante el sistema de concurso, cuando éste no se haya realizado y cuando se haya agotado la lista de quienes lo aprobaron. De tal forma, acorde con lo establecido en la norma antes citada, cuando el concurso fue declarado desierto, el nombramiento de notario puede hacerse discrecionalmente, sin violar, ordenamiento legal alguno, tal como lo hizo la administración en este caso.

III.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Al descorrer el traslado de rigor, el Agente del Ministerio Público, de conformidad con el criterio expuesto por el *a-quo,* estima que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas, y al afecto expone que el art. 146 del decreto 960 de 1970 faculta a la entidad nominadora para efectuar el nombramiento en propiedad, apartándose de la selección de candidatos mediante concurso, cuando éste no se haya realizado y por agotamiento de las listas de personas que lo aprobaron.

En el presente asunto, dice el Fiscal, el Consejo Superior de la Administración de Justicia por medio del acuerdo 003 de 1985, convocó a concurso para los aspirantes al cargo de notario único del Líbano (Tolima), el cual fue declarado desierto por el acuerdo 007 de ese año. Por lo tanto, se dio uno de los eventos autorizados por la ley para proveer el cargo en propiedad por fuera del concurso. Por consiguiente, la presunción de legalidad de los actos acusados permanece incólume, debiéndose confirmar la sentencia apelada.

No observándose causal que vicie la actuación,

PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:

De manera que el actor solicita ante esta jurisdicción la declaratoria de nulidad del decreto 813 de 1988, expedido por el Presidente de la República mediante el cual se nombró en su reemplazo a Alberto Moreno Rojas en el cargo de notario único del Líbano en propiedad, y de la resolución 2648 de 25 de mayo de ese año, que al comprobar el lleno de los requisitos del nombrado, lo confirmó.

Basa su petición, en el hecho de que los nombramientos para notarios de primera categoría, además de reunir los requisitos exigidos por la ley, debe hacerse mediante el sistema de concurso. Y que por tal razón, el nombramiento recaído en el doctor Moreno Rojas, al no haberse hecho mediante ese sistema es ilegal.

Igualmente invoca como motivo de su petición, el hecho de estar desempeñando el cargo en interinidad, lo cual le daba derecho a estabilidad dentro del período respectivo.

De las pruebas allegadas al proceso puede establecerse claramente que por medio del decreto 1035 de 1980, el actor fue nombrado notario único del Líbano para el período comprendido entre el 1o. de enero de 1980 y el 31 de diciembre de 1984 (folios 6, 2o. cuad.). Posteriormente, por acuerdo 003 de 1985 el entonces Consejo Superior de la Administración de Justicia convocó a concurso para ingreso al servicio notarial, entre otros, para el del Círculo del Líbano, el cual fue declarado desierto por acuerdo 007 del mismo año.

Consta que por decreto 813 de 1988, se nombró en propiedad a Alberto Moreno Rojas para el cargo de notario en el mencionado círculo en reemplazo de Hoyos Castaño, quien desempeñaba el cargo en interinidad por vencimiento del período para el cual había sido designado, ya que no se había producido nombramiento alguno para el período iniciado el 1o. de enero de 1985.

Ahora bien, estatuye el art. 146 del decreto 960 de 1970 que para ser notario en propiedad se requiere el lleno de los requisitos exigidos para la correspondiente categoría, y además, haber sido seleccionado mediante concurso. Sin embargo, la misma norma dice que la postulación y la designación podrá hacerse prescindiendo de la selección mediante concurso, cuando éste no se haya realizado y cuando se hayan agotado las listas de quienes lo aprobaron.

La designación en propiedad da derecho a no ser suspendido ni destituido en los casos y con las formalidades que determina dicho estatuto.

Puede observarse, como lo anotan el Tribunal y el agente del Ministerio Público, que el citado precepto faculta a la entidad nominadora para efectuar nombramientos en propiedad por fuera del concurso, en dos eventos: cuando éste no se haya realizado y cuando se hayan agotado las listas de quienes lo aprobaron. Establece además, que sólo gozan de estabilidad relativa dentro del respectivo período los notarios nombrados en propiedad.

En el presente caso, al haberse declarado desierto el concurso para notarios del Líbano y no existiendo lista de elegibles, es claro que la entidad nominadora, en uso de la facultad conferida por la citada norma, podía nombrar en propiedad un funcionario que reuniera los requisitos, como en efecto lo hizo.

Con relación a la relativa estabilidad que alega el actor, por el hecho de venir desempeñando el cargo en interinidad, es muy claro el artículo 149 del decreto 960 de

1970, en cuanto estatuye que dentro del respectivo período los interinos que reúnan los requisitos legales tienen derecho de permanencia mientras subsista la causa de la interinidad y no se provea el cargo en propiedad. En otras palabras, el actor no probó el presupuesto del cual podría derivarse la estabilidad, como el lleno de los requisitos legales para el desempeño del cargo.

En el presente caso, al ser nombrado el doctor Moreno Rojas en propiedad para reemplazar al actor, es obvio que sólo hasta ese momento se extendió su derecho de permanencia que le asistía, según lo estipulado en la norma mencionada. En consecuencia, estima la Sala que los autos administrativos acusados se encuentran ajustados a las normas legales que rigen la materia, debiéndose, por ende, confirmar la sentencia recurrida.

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

FALLA:

Confírmase la sentencia de 22 de mayo de 1990 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en este asunto.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE SU ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 6 de julio de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL

Secretaria (E)

EMPLEADOS DEPARTAMENTALES/PRESTACIONES SOCIALES/RÉGIMEN PENSIONAL/EMPLEADOS DEL ORDEN NACIONAL/PENSIÓN DE JUBILACIÓN-Reajuste/**STATUS DE PENSIONADO**-Requisitos/**NORMA NACIONAL**-Aplicación

Las prestaciones sociales establecidas en el art. 17 de la ley 6a. de 1945, incluida la pensión de jubilación, se hicieron extensivas a los empleados departamentales en virtud de lo dispuesto en el art. 1o. del decreto 2767 de 1945. Y estas son las normas aplicables, en consideración a que el régimen de pensiones establecido en el decreto ley 3135 de 1968 para el sector público, tal como lo distinguió su decreto reglamentario 1848 de 1969, en el art. 7o. En consecuencia, la edad para adquirir el status de pensionado el actor, era de 50 años, de conformidad con las normas comentadas que dan pleno respaldo al análisis del *a-quo* que condujo a la misma conclusión. En cambio, no existe fundamento jurídico para acceder al pago de valores por corrección monetaria anual, en razón a que estos pagos periódicos, tienen el beneficio del reajuste automático o regular ordenado anualmente por la ley en favor de todos los pensionados del país, reajustes que deberá efectuar la entidad demandada al ordenar el pago de los valores resultantes de la condena.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., julio veinticinco (25) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. JOAQUÍN BARRETO RUIZ.

Referencia: Expediente No. 7761. Autoridades Departamentales. Actor: Jorge Hernán Domínguez Rodríguez.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 13 de octubre de 1992, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por la cual se accedió parcialmente a las peticiones planteadas por el demandante.

ANTECEDENTES

Jorge Hernán Domínguez Rodríguez, obrando en su propio nombre demandó a la Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca –Caprecauca– con el fin de que se declare nula la resolución No. 1113 de 8 de mayo de 1990, por la cual se le concedió pensión de jubilación, y la resolución No. 1581 del 9 de julio del mismo año, mediante la cual se desató el recurso de reposición interpuesto contra el acto primeramente indicado por ser violatorias de la Constitución y la ley. Solicita en consecuencia, que se declare que el 4 de marzo de 1985 es la fecha correcta en la cual se adquirió el derecho pensionmal y su disfrute debe decretarse a partir del 25 de noviembre de 1986 por reunir los requisitos legales. A título de restablecimiento, pide además, liquidar el valor pensional con base en los factores salariales de ley, incluyendo los reajustes y corrección monetaria anuales y el pago de daños y perjuicios causados, representados especialmente en el reconocimiento de la corrección monetaria.

En el libelo se relata que el actor solicitó el reconocimiento de la aludida prestación por haber prestado sus servicios al Departamento del Cauca en forma ininterrumpida desde el 4 de septiembre de 1963, hasta el 24 de noviembre de 1986, solicitud que se hizo con fundamento en la ley 33 de 1985 y en término hábil para interrumpir la prescripción posible de conformidad con la ley.

La Caja de Previsión, mediante la resolución No. 1113 de mayo 8 de 1990 reconoció el derecho a partir del 4 de marzo de 1990, día en el que según la Caja se cumplieron los requisitos legales, es decir, 55 años de edad y 20 de servicio al departamento.

Contra este acto administrativo se interpuso recurso de reposición argumentando que de conformidad con la ley 33 de 1985, se debió aplicar la ley 6a. de 1945, disposición que determina la jubilación a los 50 años de edad; es decir, que adquirió el status de pensionado el 4 de marzo de 1985, por tanto la liquidación debió hacerse a partir del 25 de noviembre de 1986, fecha en que fue retirado del servicio público.

La Caja demandada, mediante la resolución No. 1581 de 1990, decidió el recurso de reposición en forma negativa quedando agotada así la vía gubernativa.

Como fundamento de sus pretensiones cita los artículos 17 de la ley 6a. de 1945; 27 del decreto 3135 de 1968; 68 del decreto 1848 de 1969; artículo 1o. de la ley 33 de 1985 y 30 de la Constitución Nacional. Afirma que el artículo 17 de la ley 6a. de 1945, aplicable a los empleados departamentales por mandato del artículo 1o. del decreto 2767 de 1945, determinó que la pensión se adquiere con 50 años de edad y 20 de servicios al estado, salvedad consagrada en su favor por el artículo 1o. parágrafo 2o. de la ley 33 de 1985, que dispone que para los empleados oficiales que para la fecha de la referida ley

hayan cumplido 15 años de servicios continuos o discontinuos al estado, continuarán aplicándoseles las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad; es decir, se debe aplicar la ley 6a. de 1945, en razón a que en la fecha de vigencia de la ley 33 el demandante, tenía 50 años de edad y 21 años de servicios.

LA SENTENCIA

El Tribunal del conocimiento declaró la nulidad de los actos administrativos acusados después de realizar un análisis de las normas aplicables en materia pensional a los servidores departamentales, para concluir que efectivamente se deben aplicar los preceptos contenidos en la ley 6a. de 1945 como claramente lo ha expresado el Consejo de Estado. Para el caso *sub-exámine*, la ley 33 de 1985 determinó el reconocimiento de la pensión de jubilación a la edad de 55 años para varones y 20 años de servicios, modificando en este sentido lo dispuesto en la ley 6a. de 1945, pero la citada disposición estableció en su artículo 1o., parágrafo 2o., que a los empleados oficiales que a la fecha de la ley hayan cumplido 15 años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad; así las cosas, de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, para enero de 1985, fecha de vigencia de la ley 33 de 1985, el actor contaba con más de 15 años de servicios, lo que le concedía el derecho de que su situación prestacional se regulara mediante la ley 6a. de 1945, en cuanto a la edad, o sea, que se tuvieran en cuenta los 50 años de edad que de acuerdo con el registro de bautismo que corre a folio 9 del cuaderno de pruebas, el actor había cumplido el 4 de marzo de 1985.

Además, si se retiró del servicio público el 24 de noviembre de 1986, de conformidad con la ley 6a. había podido alcanzar su derecho a la pensiónm de jubilación, la que podía hacerse efectiva a partir del día siguiente de su retiro.

Dice el Tribunal que el actor presentó su solicitud para el trámite de la pensión de jubilación el 8 de febrero de 1990 (folio 5 cuaderno de pruebas), aunque con fecha 23 de noviembre de 1989, había presentado un escrito pretendiendo con él interrumpir la prescripción de las mesadas que le pudieren corresponder; concluye el *a-quo*, que el escrito petitorio que finalmente ha de tenerse en cuenta es el del 8 de febrero de 1990, puesto que el otro documento aludido, el mismo peticionario lo condiciona a un fallo de esa jurisdicción, lo que lleva a concluir que a partir del 8 de febrero de 1987 la fecha a partir de la cual se le debió reconocer la pensión solicitada y no a partir del 4 de marzo de 1990, como lo hizo la Caja de Previsión Social Departamental.

Con fundamento en lo anterior, despachó favorablemente las peticiones de reconocimiento de la pensión, es decir, declaró la nulidad de los actos impugnados, ordenó a la Caja a título de restablecimiento del derecho reconocer y pagar la pensión a partir del 8 de febrero de 1987, con los concernientes reajustes legales y negó las peticiones de pago de daños y perjuicios y los reajustes, incluyendo la corrección monetaria, solicitados.

EL RECURSO

Al fundamentar la alzada, la parte actora manifiesta no estar de acuerdo con la fecha determinada para el disfrute de la pensión, es decir, el 8 de febrero de 1987, para lo cual se fundamentó en el escrito presentado a Caprecauca el 8 de febrero de 1990, escrito que complementaba la verdadera y real solicitud del derecho pensional presentada el 23 de septiembre de 1989; en consecuencia, la fecha única para decretar el disfrute pensional es el 25 de noviembre de 1986, ya que es esa la fecha en que quedó fuera del servicio el actor.

Dice que negó el Tribunal el reconocimiento de la corrección monetaria, sin motivación jurídica alguna, reajuste que debe realizar la Caja de Previsión demandada por negarse a reconocer la pensión el día y fecha que legalmente correspondía como se solicitó en la demanda.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado, estima que como los empleados oficiales del orden departamental y municipal están sujetos al régimen prestacional expedido por el Gobierno y el Congreso de la República, no les son aplicables los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, en cuanto a la edad requerida para ser beneficiario de la pensión de jubilación; y por lo tanto se debe aplicar al *sub-lite* lo preceptuado en la ley 6a. de 1945, ya que cuando entró en vigencia la ley 33 de 1985, el actor ya había cumplido más de 15 años de servicios, es decir, el actor se encuentra amparado por lo dispuesto en leyes anteriores, en consonancia con lo establecido en el parágrafo 2o. del artículo 1o. de la mentada ley.

Rituado el trámite de la segunda instancia, se procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

La ley 6a. de 1945 en su artículo 17 señala:

> "Los empleados y obreros nacionales de carácter permanente gozarán de las siguientes prestaciones:.... b) pensión vitalicia de jubilación, cuando el empleado u obrero haya llegado o llegue a cincuenta (50) años de edad, después de veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo."

Las prestaciones sociales establecidas en el artículo 17 de la Ley 6a./45, incluida la pensión de jubilación, se hicieron extensivas a los empleados departamentales en virtud de lo dispuesto en el artículo 1o. del decreto 2767 de 1945.

Como está demostrado en el proceso, para el 29 de enero de 1985 el actor se encontraba vinculado como empleado al servicio del departamento del Cauca y llevaba más de 15 años de servicio público, lo que lo hace beneficiario de lo establecido en el artículo 1o. de la ley 33 de la precitada fecha, que en su parágrafo 2o. dice:

"Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente ley".

Y estas son las normas aplicables, en consideración a que el régimen de pensiones establecido en el decreto ley No. 3135 de 1968 para el sector público, sólo es aplicable a los empleados públicos nacionales de la rama administrativa del poder público, tal como lo distinguió su decreto reglamentario No. 1848 de 1969, en el artículo 7o. En consecuencia, la edad para adquirir el status de pensionado el actor, era de 50 años, de conformidad con las normas comentadas que dan pleno respaldo al análisis del *a-quo* que condujo a la misma conclusión.

No existe en consecuencia, discusión alguna sobre el derecho reconocido al actor en el fallo de instancia; queda sí, por analizar, la fecha en que se debe iniciar el disfrute del derecho pensional y lo concerniente a los ajustes por corrección monetaria solicitados.

Sobre el primer aspecto a dilucidar, se tiene que el actor en oficio del 23 de noviembre de 1989 y con el fin de interrumpir el término de prescripción, presentó un escrito a la Caja Departamental de Previsión Social en el cual expone que ha adquirido el derecho a que "se me reconozca y decrete el pago de la pensión de jubilación, por haber prestado mis servicios al departamento del Cauca, en forma ininterrumpida desde el 4 de septiembre de 1963 hasta el 25 de noviembre de 1986". Sobre el escrito en mención la Sala observa, que aunque no es claro su contenido acerca de si además de interrumpir la prescripción, con él pretendía el actor el reconocimiento de la pensión de jubilación, lo cierto es que la Caja le dio el tratamiento de solicitud al reconocerla mediante la Resolución 1113 de 1990, en cuya parte motiva expresó que el señor Domínguez "en memorial presentado el 23 de noviembre de 1989 y radicado bajo expediente No. 1800/89, solicita a esta Entidad el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación". Tratamiento que la Sala comparte, si se tiene en cuenta que lo que hizo el actor en febrero 8 de 1990 fue adjuntar todos los documentos exigidos y complementar la petición formulada en noviembre de 1989.

Por lo anterior, la Sala se aparta de la orientación que en este tópico le dio el Tribunal al *sub-júdice* y, en consecuencia, modificará en lo pertinente la sentencia para ordenar el reconocimiento del beneficio a partir del 25 de noviembre de 1986, día efectivo de retiro del servicio público.

En cambio, no existe fundamento jurídico para acceder al pago de valores por corrección monetaria anual, en razón a que estos pagos periódicos, tienen el beneficio del reajuste automático o regular ordenado anualmente por la ley en favor de todos los pensionados del país, reajustes que deberá efectuar la entidad demandada al ordenar el pago de los valores resultantes de la condena.

Con base en las anteriores consideraciones, se modificará parcialmente el fallo impugnado y se confirmará en lo demás.

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:

Modifícase el numeral segundo de la sentencia recurrida, proferida el 13 de octubre de 1992 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en el sentido de disponer que la pensión reconocida al señor Jorge Hernán Domínguez Rodríguez a cargo de la Caja de Previsión Social del Departamento del Cauca, tiene efectividad a partir del 25 de noviembre de 1986, fecha de retiro del servicio público.

Confírmase en lo demás la sentencia impugnada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y devuélvase al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 29 de junio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA
Ausente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ S.
Secretaria (E)

CESE ILEGAL DE ACTIVIDADES/SANCIÓN DISCIPLINARIA/DEBIDO PROCESO-Vulneración/**PRUEBAS-**Inexistencia **(Rectificación Jurisprudencial)**

Examinados cada uno de los procesos acumulados, se observa que en efecto, la sanción impuesta a todos los actores se produjo sin allegarse la prueba siquiera sumaria de su participación en el cese de actividades, y por consiguiente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público impuso las sanciones sobre supuestos, violando así el debido proceso y el derecho de defensa, motivo por el cual se revocará el fallo apelado, y en su lugar se decretará la nulidad de los actos acusados.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Expediente No. 6301. Actor: ERASMO DÍAZ A. Y OTROS. RESOLUCIONES MINISTERIALES.

ERASMO DÍAZ ANDRADE, LUIS E. CLAVIJO C., GLORIA MARÍA LÓPEZ, RAFAEL E. GUTIÉRREZ M. y HÉCTOR J. BELLO L., solicitan se declare la nulidad de las Resoluciones Nos. 231 de 21 de enero de 1980, 6805 de 30 agosto de 1979 y 28 de 8 enero de 1980, 7087 de 24 de septiembre de 1979, 7059 de 17 de septiembre de 1979 y 6953 de 11 de septiembre de 1979, respectivamente, mediante las cuales el Ministerio de Hacienda y Crédito Público los suspendió en el ejercicio del cargo por el término de doce meses.

Como hechos en que fundamentan su solicitud, expresan que con ocasión del cese de actividades en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a partir del 13 de agosto

de 1979, dicho organismo adelantó una rápida investigación sobre los hechos, ignorando el resultado de la investigación, pero a raíz de la cual fueron suspendidos en el ejercicio del cargo.

Expresan que contra ellos no se inició siquiera un proceso breve y sumario que culminara con la absolución o imposición de una sanción, pero que en todo caso, les fue aplicada la referida sanción de suspensión.

Advierten cómo no se les oyó en declaraciones de descargos, ni se les permitió aportar pruebas.

En uno de sus apartes señalan que tal decisión estuvo destinada única y exclusivamente a sancionar una falta consistente en su supuesta participación en el paro comentado, falta que no fue comprobada, y aunque se invocaron los decretos 2131 y 2132 de 1976, estas disposiciones no facultaban para suspender omitiendo la prueba de la participación en los hechos que motivaron el paro.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca denegó las súplicas de las demandas, por considerar que los demandantes no habían desvirtuado la acusación de su participación en el paro, y en consecuencia los actos administrativos impugnados habían conservado su presunción de legalidad.

EL RECURSO

Los actores interpusieron el recurso de apelación contra el anterior fallo, por estimar que se les desconoció en el proceso disciplinario el derecho de defensa y el debido proceso. Señalan que no es posible admitir que ellos hubieran participado en el cese de actividades sin que previamente se hubiera establecido siquiera sumariamente y con su previa audiencia, el hecho en que se funda la suspensión.

Concluye el recurso lo siguiente:

> "Para destruir la presunción de inocencia que amparaba a los actores era menester que la administración estableciese a través de un procedimiento breve y sumario, en que se garantizase el derecho de audiencia y defensa." (fl. 218)

El Ministerio Público, no rindió concepto.

CONSIDERACIONES

Ya la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre este aspecto, y fue así como mediante sentencia de 13 de mayo de 1992, expediente No. 555 con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, dijo:

> 1) La parte actora ataca el acto, básicamente por estimar que la suspensión de que fue objeto, no estuvo precedida de una investigación previa donde fuera escuchada, y además porque para expedir el acto se ha debido comprobar su participación en el cese ilegal de actividades, lo cual no ocurrió.

2) El Tribunal igualmente consideró que la actora ha debido ser previamente oída y vencida en el proceso, pues el artículo 26 de la C.N. no podía ser suspendido, de una parte, y de la otra, porque la suspensión se produjo sin existir prueba sumaria de que la actora participó en el aludido paro de 1979.

3) Tanto el fallo de la Sala Plena invocado por el Tribunal, como el que transcribe la vista fiscal del Consejo de Estado, coinciden en señalar que el acto debe estar fundado en el hecho cierto de la participación en el cese de actividades, pues es evidente que la autorización que confiere la ley al nominador para sancionar al empleado oficial comprometido en un cese ilegal de actividades, no puede involucrar a quienes hayan hecho cesación pacífica del trabajo, determinados por circunstancias ajenas a su voluntad y creadas por las condiciones mismas del paro, ni menos a los empleados del organismo donde se desarrolló el cese ilegal de actividades, y que no participaron en él.

4) Estima la Sala independientemente de que al administrado se le dé la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, antes o después de proferido el acto, que debe estar probado aunque sea sumariamente que el empleado participó en el cese ilegal de actividades.

5) Aunque el acto acusado no se allegó al expediente reconstruido de acuerdo con la sentencia del Tribunal, el acto administrativo de suspensión de la actora se produjo sin haber allegado la prueba siquiera sumaria de su participación en el cese de actividades, lo cual equivale a la imposición de una sanción disciplinaria a un funcionario por sospecharse su autoría o coparticipación en el referido cese de actividades, y lo que el Decreto Legislativo 2132 de 1976, en su artículo autorizó, fue la posibilidad de sancionar, "sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios", a quienes participaran en huelgas, o impidieran o entrabaran la prestación del servicio, pero no de quienes se supusiera tales conductas.

Dijo el artículo 2o. del citado Decreto:

"Artículo 2o. Los empleados públicos y trabajadores oficiales escalafonados en las carreras administrativa, docente, carcelaria y penitenciaria y diplomática y consular, que participen en huelgas o en reuniones tumultuarias, o que entraben o impidan la prestación de servicios, o que inciten a participar en los hechos aquí expresados podrán ser suspendidos en sus empleos, sin derecho a remuneración y sin el lleno de los requisitos legales y reglamentarios para dicha suspensión, que no será menor de seis meses ni mayor de doce.

La suspensión del personal escalafonado se hará por la autoridad que hizo el nombramiento."

La Sala considera que si la responsabilidad objetiva, dentro del régimen disciplinario, no ha sido aceptada en el derecho colombiano, menos puede ser de recibo,

la imposición de una sanción disciplinaria, sin prueba de la existencia de la falta disciplinaria, y por lo tanto, sin causa que la justifique.

La Sala Plena, en sentencia de 7 de octubre de 1982, con ponencia del Doctor Carlos Betancur, dijo:

"Pero si bien los decretos dictados con base en el artículo 121 de la Carta tienen el efecto de suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio y el 2132 precisamente produjo ese efecto en las leyes de carrera administrativa, no es menos que esos mismos decretos no pueden suspender las garantías contempladas en la Constitución, entre las que se cuentan las comprendidas en su articulo 26; norma que impone el juzgamiento con imputación del hecho definido como falta y con audiencia del presunto responsable, quien podrá presentar alegaciones y pruebas de descargo. Además el acto deberá tener motivación suficiente y adecuada con imputación de la falta cometida, enmarcada en el estatuto previo que la haya establecido y con el señalamiento de los recursos posibles. Garantías mínimas que operan en el campo de las sanciones, sean penales o meramente disciplinarias. De allí que el principio universal mullum crimen nulla poena sine lege, no pueda bajo ningún pretexto suspenderse por un decreto de estado de sitio. Si así fuera, la suspensión cobijaría, en casos como el aquí estudiado, el artículo 26 de la Carta.

Aclara finalmente la Sala que sobre un presupuesto probatorio de la falta, sí cabía la aplicación de la excepcional sanción a la cual nos referimos, derivada de un decreto de estado de sitio, y sin el seguimiento del procedimiento que usualmente se observa en el trámite disciplinario de carácter corriente."

Examinados cada uno de los procesos acumulados, se observa que en efecto, la sanción impuesta a todos los actores se produjo sin allegarse la prueba siquiera sumaria de su participación en el cese de actividades, y por consiguiente el Ministerio de Hacienda y Crédito Público impuso las sanciones sobre supuestos, violando así el debido proceso y el derecho de defensa, motivo por el cual se revocará el fallo apelado, y en su lugar se decretará la nulidad de los actos acusados, salvo la resolución No. 6805 de 30 de agosto de 1979, mediante la cual se suspendió por el término de 60 días a Luis E. Clavijo Cañón mientras se le adelantaba el correspondiente proceso disciplinario, respecto de la cual se proferirá fallo inhibitoro, por cuanto el acto acusado es un simple acto de trámite, y no definitivo como lo son los demás actos acusados.

La jurisprudencia de la Sala ha considerado que conforme al artículo 178 del C.C.A. cuando la suma que la administración debe cancelar al actor es una suma fija cierta, determinada y congelada a la fecha de la sentencia, debe ser ajustada al valor con el objeto de que el restablecimiento del derecho se acomode a las variaciones de precios, y tenga alguna equivalencia entre lo que el empleado dejó de percibir y lo que con ocasión del fallo viene a obtener.

Esta Sala en providencia de 25 de febrero de 1993, con ponencia de la Dra. Dolly Pedraza de Arenas, dijo:

> Para ello se acudirá al sistema y fórmula que ha venido siendo utilizado de tiempo atrás por la Sección Tercera de la Corporación, según los cuales el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el indice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de ejecutoria del último acto acusado), así:

$$R = Rh \times \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

De manera que la suma fija que resulte de sumar todo lo dejado de percibir por los demandantes en el período de la suspensión disciplinaria, será el Rh o valor histórico.

No obstante, para la Sala, era criterio dominante que la actualización o indexación se hubiera pedido expresamente en la demanda, punto que ahora se recoge, para disponer que en casos como este, que tratan de suma fija, y por ende no tienen mecanismo alguno de actualización monetaria, ello pueda operar sin que expresamente se haya solicitado, con fundamento en las siguientes razones:

1) Es derrotero para la administración de justicia, señalado por el constituyente de 1991, mirar el derecho sustancial en juego, sobre las formalidades (art. 228). Se había movido con ese mismo sentido el legislador, al expedir el C.P.C., que en su artículo 4o. dice:

> Artículo 4o. Interpretación de las normas procesales.- Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete al derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

2) La Carta de 1991 somete al Juez al imperio de la Ley, pero autoriza el uso de la equidad como un criterio auxiliar para resolver problemas jurídicos y justamente el punto del cual ahora se ocupa la Sala, es un punto de equidad (art. 230).

3) En efecto, si se pide un restablecimiento que consiste básicamente en el pago de una suma de dinero, es fácil entender que se está solicitando ese valor para la fecha en que se produzca la condena, pues nadie pide menos valor del que le causa el perjuicio recibido, como un resultado lógico.

4) Un completo restablecimiento del derecho supone que cuando lo ordena un fallo, aquél debe guardar suficiente interés para el actor. Por eso el legislador ha conferido al

juez administrativo la facultad para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, justamente con el objeto de restablecer el derecho particular en la misma proporción en que se causó el daño. Dicho en otros términos más sencillos, el restablecimiento del derecho debe ser justo, equitativo y razonable.

5) El demérito monetario es un fenómeno económico, fácilmente perceptible por todos, y por lo tanto su efecto no necesita solicitud expresa en la demanda ni la prueba de su impacto se precisa en el expediente.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de febrero 2 de 1990, con ponencia del Dr. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ:

> La doctrina de la Corte entendiendo que las restituciones mutuas deben hacerse con apoyo en la equidad, ha venido manifestando que, cuando se declare la nulidad de un contrato, es pertinente disponer la corrección monetaria sobre el precio que se deba devolver en desarrollo de lo normado por el artículo 1746 del Código Civil, porque es un hecho real y notorio que en nuestro país el dinero no mantiene intangible su poder de cambio a causa del fenómeno inflacionario, y en estas circunstancias lo que vendría a recibir el comprador sería un dinero envilecido por el transcurso del tiempo, que no conserva la capacidad adquisitiva que tenía al momento del contrato. Considerando que la restitución en estas circunstancias no se ajustaba a las reglas de la simetría que debe regir en los contratos bilaterales, fue que la jurisprudencia de esta Corporación, echando mano a los principios generales del derecho, concretó a partir de fallos del 24 de abril y 9 de julio de 1979 la condena a pagar el reajuste monetario derivadas de determinadas obligaciones.
>
> Hoy no sólo es, pues, viable la revalorización como efecto de la nulidad declarada, ante la calidad de hecho público y notorio que ostenta la depreciación monetaria, sino que, en razón de la propia equidad que debe gobernar el proceso de las restituciones mutuas, esa determinación puede adoptarla el juez aún de oficio, sin que se constituya en decisión incongruente. Además, como la declaración de nulidad conlleva unos pronunciamientos consecuenciales tendientes a retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes de la celebración del contrato anulado, la Corte tampoco encuentra inconsonancia en que, al proceder así, el fallo hubiera dispuesto que el vendedor devolviera, con sus correspondientes intereses, los dineros recibidos como parte del precio. (Radicación 1698)

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 el fallo del día 19 de abril de 1991 proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en demanda promovida por ERASMO DÍAZ ANDRADE, LUIS E. CLAVIJO C., GLORIA M. LÓPEZ, RAFAEL E. GUTIÉRREZ M. y HÉCTOR J. BELLO L., y en su lugar se dispone:

DECLÁRANSE NULAS las resoluciones números 231 de 21 de enero de 1980, 28 de 8 de enero de 1980, 7087 de 24 de septiembre de 1979, 7059 de 17 de septiembre de 1979, y 6953 del 11 de septiembre de 1979, proferidas por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y mediante las cuales se suspendió en el ejercicio de sus funciones a los demandantes, por el término de 12 meses sin derecho a remuneración.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público a título de restablecimiento del derecho, cancelará todos los salarios, prestaciones sociales, y demás derechos dejados de percibir por los demandantes con ocasión de la citada sanción disciplinaria, y tendrá como tiempo servido para todos los efectos legales el término de la suspensión por 12 meses.

La liquidación de estos valores se hará conforme a la parte motiva de este fallo y de acuerdo con la fórmula que aparece en ella.

DECLÁRASE INHIBIDO para fallar respecto de la solicitud de nulidad de la resolución No. 6805 de 30 de agosto de 1979, por tratarse de un acto de trámite.

La Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dará cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, y una vez ejecutoriada, devuélvase al Tribunal de origen.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día trece (13) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Reiterada en sentencia de mayo 13 de 1992, Exp. 555, Ponente: Dr. DIEGO YOUNES MORENO, Actor: MARÍA CRISTINA CASTRO DE CH.

ACTO ADMINISTRATIVO/ACTO GENERAL/ACCIÓN DE NULIDAD-Alcances

Como el actor utiliza para atacar el acto acusado que es de carácter general, argumentos que se refieren al interés particular de una persona o grupo de personas a quienes a su juicio lesiona, se alega por el recurrente que la acción se estructura como de nulidad y restablecimiento del derecho, en provecho de esas personas, y no en interés del orden jurídico. Sin embargo, interpreta la Sala que se trata de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., puesto que se controvierte un acto de carácter general, el accionante no pretende nada para sí y las personas por quienes aboga no le han conferido poder para actuar. Se advierte sí la poca claridad que demuestra en cuanto al alcance y finalidad de las acciones consagradas en el C.C.A., puesto que si ejercita la acción de nulidad, no cabe pretensión distinta que obtener la anulación del acto, ya que al juzgador no le está permitido otro pronunciamiento; no le es dado proferir órdenes o condenas y sólo en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho podrá estatuir disposiciones nuevas en remplazo de las acusadas.

MUNICIPIO/ESTRUCTURA DE LA ADMINISTRACIÓN MUNICIPAL/ALCALDE-Iniciativa/**CONCEJO**-Facultades

El artículo 106 del C. de R.M. dispone que en las materias en que corresponda la iniciativa al Alcalde, los Concejos conservarán el derecho de introducir en los proyectos las modificaciones que ellos acuerden; la iniciativa del Alcalde es necesaria para emprender el estudio de los proyectos, pero no implica que sean inmodificables o que deban necesariamente ser aprobados

tal y como él los formula. En este caso, y en contra de lo afirmado por la Procuraduría delegada ante el Consejo de Estado, el Alcalde sí presentó proyecto respecto a la estructura de la administración Municipal y las escalas de remuneración de los empleos de ese organismo y por tanto concluye que no hubo iniciativa del Alcalde en lo aprobado, olvidando que la iniciativa se refiere a la materia a tratar mas no a los puntos concretos que se aprueben.

CONTRALORÍA MUNICIPAL/SUPRESIÓN DE EMPLEOS/COMPETENCIA/ CONCEJO MUNICIPAL/DESVIACIÓN DE PODER-Inexistencia

Al tenor del artículo 289 del C.R.M., la supresión de empleos en las contralorías corresponde a los concejos y no se requiere para ello iniciativa del Alcalde, por no exigirlo la ley, conforme se deduce del texto del artículo 106 del ordenamiento mencionado; en consecuencia mal puede proceder la nulidad del acto acusado por falta de concertación con el Alcalde, como lo dijo el a-quo. El hecho de haber suprimido cargos en la Contraloría no conlleva en sí mismo el ánimo de desmantelar la dependencia, ni la intención de perseguir políticamente a su titular. No siempre el número de funcionarios en una dependencia es sinónimo de eficacia en la prestación de los servicios a su cargo, y eso es precisamente lo que corresponde determinar a quien tiene la competencia para ello; en ese caso el Concejo Municipal.

ACCIÓN DE NULIDAD/DERECHO A LA IGUALDAD-Alcances

La igualdad se predica en el plano individual y frente a situaciones de hecho idénticas. Siendo esta una acción de nulidad, no hay lugar a estudiar el caso concreto de la persona que ocupaba el cargo de contralor cuando se expidió el acto acusado. La sola circunstancia de fijar para los cargos de la Contraloría Municipal una remuneración diferente de la de los demás funcionarios, no demuestra infracción del principio de igualdad.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Subsección "A".- Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 9357. Autoridades Municipales. Actor: Carlos Alberto Hernández.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Nobsa contra la sentencia de 3 de noviembre de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES

El ciudadano Carlos Alberto Hernández, actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó al Tribunal declarar

la nulidad del Acuerdo No. 011 de diciembre 4 de 1992, expedido por el Concejo Municipal de Nobsa, por el cual se establece la planta de personal de los empleados del Municipio y se fijan sus asignaciones básicas mensuales; y que como consecuencia se ordene la expedición de los actos correspondientes.

La acción se fundamentó en que el nuevo Concejo Municipal tomó represalias contra la Contralora elegida por el Concejo anterior; la presionó para que atendiera repartos burocráticos a lo cual no accedió, y por tanto inició una persecución contra la dependencia, suprimiéndole todos los cargos, y efectuó aumentos salariales irrisorios para esta funcionaria.

Dice el accionante que el Alcalde presentó un proyecto de acuerdo incluyendo la creación de tres cargos en la Contraloría y como ello no fue atendido, la Contralora presentó y sustentó dos proyectos de estructuración, administración y presupuesto de la dependencia a su cargo que tampoco fueron acogidos.

Agrega que la Contraloría Municipal fue desmontada por persecución política, se creó la Auditoría Interna y se otorgaron funciones fiscales a la Personería.

El concepto de violación de las numerosas normas que invoca se funda en que el Concejo Municipal a través del acto acusado desconoce los principios constitucionales democráticos de participación, dignidad humana y trabajo de los empleados del Municipio, así como la prelación del interés general sobre el particular; que se extralimitó en sus funciones puesto que corresponde al Alcalde la iniciativa en el manejo del Municipio, y aunque éste presentó los proyectos de acuerdo atendiendo los requerimientos de las dependencias municipales –entre ellas la Contraloría–, el Concejo, caprichosamente, impuso su voluntad implantando un régimen discriminatorio para esa Dependencia frente a los demás empleados del Municipio.

Afirma que los acuerdos referentes a la estructura del Municipio y a la creación, supresión o fusión de empleos deben proferirse de conformidad con las iniciativas propuestas por el Alcalde.

LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió parcialmente a las súplicas de la demanda. Afirmó que el Concejo Municipal usando "su liberalidad" modificó los proyectos presentados por el Alcalde y la Contralora, con lo cual quebrantó el orden jurídico contenido en la parte final del artículo 106 del C.R.M. concordante con el artículo 351 de la Constitución Nacional, ya que toda modificación a los proyectos debe hacerse sobre la base de la concertación.

De otra parte el Tribunal consideró que se probó la desviación de poder pues el acto tipificó: a.) discriminación contra una funcionaria en relación con su salario, y b.) el ánimo de desmantelar la dependencia encargada de efectuar el control fiscal, que al tenor de la nueva Constitución tiene responsabilidades mayores y más complejas.

Agregó que las autoridades judiciales no pueden ordenar al ejecutivo la expedición de actos administrativos pues ello es de su exclusivo resorte y que la nulidad de los actos, dispuesta judicialmente, implica que la preceptiva jurídica derogada o revocada emerja produciendo la plenitud de sus efectos.

LA APELACIÓN

El Municipio de Nobsa por intermedio de su representante judicial manifiesta su desacuerdo con la sentencia pues el Concejo en uso de sus atribuciones discutió los proyectos y emitió el Acuerdo enviándolo al Alcalde para su sanción, quien procedió a ello sin objeción alguna, configurándose la concurrencia de voluntades que el Tribunal echa de menos.

Afirma que no se violó el artículo 106 inciso final del C.R.M., puesto que el Concejo estudió el proyecto presentado por el Alcalde y conforme a sus facultades introdujo las modificaciones que acordó; que no era necesaria la concertación como lo entiende el Tribunal, y que la única limitación a las modificaciones se refiere al monto presupuestal por el pago de servicios personales, circunstancia que no es objeto de discusión en este caso.

Insiste el recurrente en que la acción que se estudia no es la de nulidad, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho pues de la demanda se deduce que se pretende la protección de los derechos de la Contralora, y en consecuencia un mejoramiento salarial para la funcionaria.

EL CONCEPTO FISCAL

En su concepto de fondo la Señora Procuradora Cuarta Delegada ante el Consejo de Estado expresa que la acción incoada es la de nulidad.

Que la primera pretensión es viable en acción de nulidad; la pretensión 5 operaría automáticamente en caso de prosperar la nulidad impetrada, sin necesidad de pronunciamiento judicial alguno; y las otras son improcedentes puesto que la jurisdicción contenciosa no puede imponer obligaciones de hacer a la Administración.

En cuanto al fondo del asunto dijo la Procuradora Delegada que al tenor del artículo 106 del Decreto 1333 de 1986 los Concejos pueden introducir a los proyectos las modificaciones que acuerden, sin que ello implique concertación con quien los presenta como lo entendió el Tribunal; que el Alcalde puede asistir a las reuniones en las cuales se debate el proyecto para sustentarlo pero no para discutirlo, ni aprobarlo; y que la creación, supresión y fusión de empleos de las contralorías, auditorías, revisorías, personerías y tesorerías, no requiere iniciativa del Alcalde.

Señala que examinado el expediente se observa que el acto acusado no fue iniciativa del Alcalde sino de la Contralora Municipal tal como se desprende de los documentos obrantes a folios 5 y 19 y del acta 013 de diciembre 4 de 1992.

Conforme a lo anterior opina que sólo amerita anulación el artículo segundo del acto acusado, puesto que para los otros temas tratados el Concejo tenía plenas facultades y no se requería la iniciativa del Alcalde.

CONSIDERACIONES

El acto acusado es el Acuerdo 011 de 4 de diciembre de 1992 expedido por el Concejo Municipal de Nobsa. Mediante este acto se adoptó la planta de personal de la administración Municipal y se fijaron sus asignaciones.

La demanda es bastante confusa e imprecisa respecto al concepto de violación de las normas que invoca, muchas de las cuales contienen principios generales que sólo resultarían infringidos en la medida en que se desconozcan las regulaciones precisas y propias de cada actuación. Como el actor utiliza para atacar el acto acusado que es de carácter general, argumentos que se refieren al interés particular de una persona o grupo de personas a quienes a su juicio lesiona, se alega por el recurrente que la acción se estructura como de nulidad y restablecimiento del derecho, en provecho de esas personas, y no en interés del orden jurídico.

Sin embargo, interpreta la Sala que se trata de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., puesto que se controvierte un acto de carácter general, el accionante no pretende nada para sí y las personas por quienes aboga no le han conferido poder para actuar.

Se advierte sí la poca claridad que demuestra en cuanto al alcance y finalidad de las acciones consagradas en el C.C.A., puesto que si ejercita la acción de nulidad, no cabe pretensión distinta de obtener la anulación del acto, ya que al juzgador no le está permitido otro pronunciamiento; no le es dado proferir órdenes o condenas y sólo en las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho podrá estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas.

Haciendo entonces un esfuerzo interpretativo y sobre la base de ser una acción de nulidad la que se ejercita, entrará la Sala al análisis del acto acusado para establecer si la decisión del *a-quo* es acertada o no. Según el Tribunal, presentado un proyecto de acuerdo en las materias que requieren la iniciativa del Alcalde, el Concejo tiene restringida su capacidad decisoria, porque a menos de llegar a un acuerdo con este funcionario, no puede cambiar su propuesta.

La Sala considera errada esa apreciación, puesto que precisamente el artículo 106 del C. de R.M. dispone que en las materias en que corresponda la iniciativa al Alcalde, los Concejos conservarán el derecho de introducir en los proyectos las modificaciones que ellos acuerden; la iniciativa del Alcalde es necesaria para emprender el estudio de los proyectos, pero no implica que sean inmodificables o que deban necesariamente ser aprobados tal y como él los formula.

En este caso, y en contra de lo afirmado por la Procuraduría Delegada ante el Consejo de Estado, el Alcalde sí presentó proyecto respecto a la estructura de la Administración Municipal y las escalas de remuneración de los empleos, cuestión que no discute el demandante; lo que afirma es que el concejo no lo acogió en lo que toca con la Contraloría Municipal y las escalas de remuneración de los empleos de ese organismo y por tanto concluye que no hubo iniciativa del Alcalde en lo aprobado, olvidando que la iniciativa se refiere a la materia a tratar mas no a los puntos concretos que se aprueben.

De los elementos de juicio que obran en el proceso se deduce, según el acta correspondiente a la sesión 013 del 4 de diciembre de 1992 (fls. 42 y 43), que los proyectos presentados por la Contralora no fueron estudiados, precisamente porque se había emprendido ya la discusión de la iniciativa propuesta por el Alcalde.

Reafirma lo dicho, la carta enviada por la Contralora al Concejo Municipal el 4 de diciembre de 1992 obrante a folios 10 y 11 –fecha de la sesión 013 donde se aprobó la iniciativa del Alcalde en tercer debate–. Dice:

> "Teniendo en cuenta que el Proyecto de Acuerdo, **por medio del cual se fija la planta de personal y la Escala de Remuneración para los Funcionarios del Municipio** y el Proyecto de Acuerdo por medio del cual se fija el presupuesto de rentas y gastos, **presentados por el señor Alcalde, no fueron debidamente sustentados ante el Concejo en lo referente a la Contraloría Municipal...** me permito presentar los respectivos proyectos..."

A folios 82 a 84 obra el proyecto de acuerdo mediante el cual "SE PROVEE LA PLANTA DE PERSONAL DE LA ADMINISTRACIÓN DEL MUNICIPIO DE NOBSA Y SE FIJAN LAS ASIGNACIONES" presentado por el Alcalde, con anotación al margen en la cual se lee "1o. debate aprobado sesión nov. 6/92 acta 008 pasa 2o. D."

El segundo debate se realizó el 27 de noviembre de 1992, acta No. 012 (fls. 32 a 36), y el tercero en la sesión de 4 de diciembre de 1992 (fl. 48) resultando aprobada la iniciativa.

Es claro entonces para la Sala que el acto demandado es el resultado de una iniciativa presentada por el Alcalde y no por la Contralora como lo afirma la Agencia Fiscal.

La inconformidad del accionante se circunscribe a la conformación de la planta de personal de la Contraloría Municipal por la supresión de cargos y la remuneración fijada; no se endilgan vicios a los demás apartes del artículo 2o. del acuerdo demandado, ni a los otros artículos en él contenidos.

Tal como lo precisó la Agencia Fiscal al tenor del artículo 289 del C.R.M., la supresión de empleos en las contralorías corresponde a los concejos y no se requiere para ello iniciativa del Alcalde, por no exigirlo la ley, conforme se deduce del texto del artículo 106 del ordenamiento mencionado; en consecuencia mal puede proceder la nulidad del acto acusado por falta de concertación con el Alcalde, como lo dijo el *a-quo*.

El demandante alega también desviación de poder consistente en haberse expedido el Acuerdo con fines de persecución política por no haber sido atendidas las presiones burocráticas supuestamente ejercidas sobre la Contralora Municipal; pero estos hechos no se encuentran demostrados y no pasan de ser afirmaciones del accionante.

El hecho de haber suprimido cargos en la Contraloría no conlleva en sí mismo el ánimo de desmantelar la dependencia, ni la intención de perseguir políticamente a su titular. No siempre el número de funcionarios en una Dependencia es sinónimo de eficacia en la prestación de los servicios a su cargo, y eso es precisamente lo que corresponde determinar a quien tiene la competencia para ello; en este caso el Concejo Municipal.

Observa la Sala, que el Municipio creó un nuevo organismo de control –la Auditoría Interna– y expidió el Acuerdo que reglamentó el Control Posterior, lo cual denota un interés por lo relativo a la tarea de fiscalización municipal (fls. 64 a 81).

Finalmente y en cuanto al quebrando del principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, en el cual sustentó el Tribunal la suspensión provisional del acto acusado, dirá la Sala que no ha sido demostrado.

La igualdad se predica en el plano individual y frente a situaciones de hecho idénticas.

Siendo esta una acción de nulidad, no hay lugar a estudiar el caso concreto de la persona que ocupaba el cargo de Contralor cuando se expidió el acto acusado. La sola circunstancia de fijar para los cargos de la Contraloría Municipal una remuneración diferente de la de los demás funcionarios, no demuestra infracción del principio de igualdad.

En resumen, la Sala no encuentra que se haya dado la violación de las normas invocadas, por las razones expuestas en la demanda, y en consecuencia revocará la providencia del Tribunal y levantará la suspensión provisional decretada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida el 3 de noviembre de 1993 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso iniciado por el Doctor Carlos Alberto Hernández contra el Municipio de Nobsa.

En su lugar se dispone:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Levántese la suspensión provisional dispuesta por auto de 10 de marzo de 1993.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y en firme esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 2 de agosto de 1996.

CLARA FORERO DE CASTRO

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria Ad-hoc

INSUBSISTENCIA/INCAPACIDAD MÉDICA/FUERO DE ESTABILIDAD-Inexistencia/**DESVIACIÓN DE PODER-**Concepto

Lo primero que se observa es cuando se produjo la insubsistencia demandada el actor era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción. No tenía período fijo, no estaba amparado por carrera, no gozaba, de estabilidad relativa de su empleo. Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento y sin motivación ninguna –es decir, en la forma como lo hizo–, de acuerdo con la facultad discrecional que para ese efecto confiere la ley al nominador. Como es sabido, una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones de buen servicio –fin promordial de la función pública– y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario. Una incapacidad médica no confiere estabilidad en un cargo de libre nombramiento y remoción. La desviación de poder como causal de anulación de los actos administrativos, consiste en que una atribución conferida por la ley se ejerce para obtener un fin distinto de aquel que persigue ese mismo estatuto legal. Es una causal que debe probarse plenamente no apenas enunciarse.

Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Subsección "A". Santa Fe de Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 6276. Autoridades Departamentales. Actor: MARCELINO BELLO PACHÓN.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 2 de octubre de 1991 por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de restablecimiento del derecho, el señor Marcelino Bello Pachón pidió al Tribunal anular la resolución 137 (mayo 2) de 1989, por medio de la cual el Director del Hospital Psiquiátrico de Boyacá declaró insubsistente su nombramiento como Psicólogo Clínico al servicio de ese centro asistencial. Solicitó, en consecuencia, el restablecimiento del derecho.

Argumentó que hubo desviación de poder y abuso del derecho.

Para denegar las pretensiones de la demanda dijo el Tribunal que no se demostró en modo alguno la desviación de poder. Que no se aportó copia de la resolución 14129 de 1985 sobre requisitos para el cargo del cual se desvinculó al actor y por ello no es posible saber si su reemplazo tenía tales requisitos. Que por ello la decisión debe ser desfavorable a las súplicas de la demanda.

LA APELACIÓN

Sostiene el apelante que la facultad discrecional de la administración para disponer del personal de libre nombramiento y remoción no puede confundirse con la arbitrariedad o la injusticia. Que los medios de prueba muestran la capacidad profesional, idoneidad, apego al trabajo, buena voluntad de servicio al demandante. Que ante esa abundancia de pruebas sobre "la virtuosidad e idoneidad" del actor bien se hubieran podido decretar de oficio las que echa de menos el *a-quo*.

Que la resolución 14129 de 1985 es originaria del Ministerio de Salud, o sea que tiene aplicación nacional y que aporta copia de ella.

EL CONCEPTO FISCAL

El Procurador Cuarto Delegado ante la Corporación dice que la demanda se limitó a transcribir las definiciones de algunos tratadistas sobre desviación de poder sin dar la causa, o razón de la insubsistencia controvertida. Considera que la providencia recurrida amerita confirmación.

Se decide, previas estas

CONSIDERACIONES

Lo primero que se observa es que cuando se produjo la insubsistencia demandada el actor era empleado sujeto al régimen de libre nombramiento y remoción. No tenía periodo fijo, no estaba amparado por carrera, no gozaba, en fin, de estabilidad relativa en su empleo.

Siendo ello así, su nombramiento podía declararse insubsistente en cualquier momento y sin motivación ninguna –es decir, en la forma como se hizo–, de acuerdo con la facultad discrecional que para ese efecto confiere la ley al nominador.

Como es sabido, una medida de tal naturaleza se supone inspirada en razones de buen servicio –fin primordial de la función pública– y el acto que la contiene lleva implícita la presunción de legalidad, naturalmente desvirtuable mediante prueba en contrario.

En este caso el libelo, en estricto sentido, no contiene la formulación de un cargo concreto contra el acto acusado. Pero del texto del mismo se advierten argumentaciones tendientes a invalidar la insubsistencia y la Sala las examinará por separado, para mayor claridad.

a). **Las calidades personales del actor.-** Se dice en la demanda que el doctor Bello Pachón se ha destacado en su vida profesional por su pulcritud, idoneidad y competencia; que en su hoja de vida no figuran sanciones de ninguna naturaleza; que no existen ni han existido investigaciones disciplinarias o penales sobre su desempeño laboral, social o familiar; que por eso es "irónico" que ahora resulte incompetente.

Olvida el demandante, sin embargo, que nadie le ha endilgado inidoneidad ni incompetencia profesional o personal, ni ha sido acusado de falta alguna, sino que simplemente la administración decidió desvincularlo del empleo que tenía por razones de buen servicio y haciendo uso como ya se vio, de la facultad discrecional.

Sus calidades personales no se han puesto en duda, ni su pulcritud ni sus virtudes. ni su conducta intachable. Pero ese acopio de calidades, por ostensible que sea, por sí solo no enerva la facultad de removerlo de un cargo en el cual no tenía amparo de estabilidad, ni es suficiente para invalidar el acto acusado.

b). **La incapacidad laboral.-** Argumenta el señor Bello Pachón que para la época de la insubsistencia sufría quebrantos de salud y se encontraba incapacitado.

Ese hecho, sin embargo, tampoco impide ejercitar la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción cuando la administración lo crea conveniente para el buen servicio, naturalmente sin menoscabo de los servicios prestacionales y asistenciales a que tenga derecho el empleado.

Como se sabe, una incapacidad médica no confiere estabilidad en un cargo de libre nmbramiento y remoción.

c) **La desviación de poder.-** Como causal de anulación de los actos administrativos, consiste en que una atribución conferida por la ley se ejerce para obtener un fin distinto de aquel que persigue ese mismo estatuto legal.

Es una causal que debe probarse plenamente no apenas enunciarse.

En esta oportunidad, la demanda sostiene que hubo desviación de poder y cita qué entienden por tal figura doctrinas tanto del Consejo de Estado como de algunos tratadistas. A folio 30 del cuaderno principal el actor expone cuándo, a su juicio, existe desviación de poder.

La demanda, empero, no narra ni mucho menos prueba una causa siquiera determinante de tal desviación y en esas condiciones resulta imposible para la Sala dilucidar el cargo apenas esbozado sin concreción ni precisión: obsérvese cómo, por ejemplo, los "móviles políticos" de que se habla a folio 27 como inspiración del acto acusado según está "convencido" el demandante, no aparecen ni siquiera enunciados.

Por último, con relación a los requisitos para desempeñar el cargo del cual fue desvinculado el demandante, debe la Sala observar lo siguiente:

La demanda no se refiere para nada a la carencia de requisitos de quien reemplazó al actor como causal de anulación de la resolución de insubsistencia y a ello solo se hizo referencia en el alegato de conclusión en primera instancia.

Como el marco de juzgamiento lo determina la demanda, la Sala no puede ocuparse de lo relativo a requisitos y a la eventual desmejora del servicio ocasionada por el nombramiento del sustituto del doctor Marcelino Bello, puesto que la etapa de alegatos no es el momento procesal adecuado para corregir el libelo ni invocar nuevas disposiciones como violadas.

Así las cosas, no ha sido desvirtuada la presunción de legalidad que ampara el acto acusado y la sentencia que por tal razón denegó las súplicas de la demanda amerita confirmación.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "A", administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

Confírmase la sentencia apelada, proferida el 2 de octubre de 1991, por el Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso iniciado por el señor Marcelino Bello Pachón contra el Hospital Psiquiátrico de Boyacá.

En firme este proveído, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Esa providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 8 de agosto de 1996.

CLARA FORERO DE CASTRO

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria ad-hoc

VÍA GUBERNATIVA-Agotamiento/**PENSIÓN DE JUBILACIÓN**

De conformidad con el artículo 135 del C.C.A., subrogado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, constituye presupuesto indispensable para acudir ante esta jurisdicción, en acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, que se haya agotado la vía gubernativa. Y según lo prescribe el artículo 63 ibídem, la vía gubernativa se entiende agotada cuando contra los actos administrativos no proceda recurso, cuando los recursos se han resuelto y cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja. Esta exigencia tiene por objeto dar la oportunidad a la administración para revisar sus propias decisiones, es decir, brindar la posibilidad de que las autoridades administrativas examinen la legalidad del acto protestado y puedan rectificar sus errores, antes de que sean objeto de proceso judicial.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN-Improcedencia/**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**-Excepción/**SALARIO/PENSIÓN DE JUBILACIÓN**-Compatibilidad/**PENSIÓN DE JUBILACIÓN**-Tope/**PENSIÓN DE JUBILACIÓN**-Reducción/**AJUSTE**

El debate gira en torno a si ha operado el fenómeno procesal de caducidad de la acción, por cuanto la demanda que ha originado el presente proceso fue presentada en julio 1 de 1987, es decir vencido el término de cuatro meses contados a partir de la notificación de la anterior resolución. No se trata de un acto que niegue el derecho a una prestación periódica sino del acto que confirma un reconocimiento condicionado. De allí que le asiste razón al censor al impugnar la decisión del Tribunal que declaró la caducidad de la acción, por cuanto legalmente estaba habilitado para demandarlo en

cualquier tiempo. Establece la norma por vía de excepción, la compatibilidad de sueldo y pensión, cuando se desempeñe alguno de los cargos públicos expresamente señalados, siempre y cuando el valor conjunto de dichas asignaciones no exceda la remuneración de los Ministros del Despacho. Podrá interpretarse que cuando se exceda el tope legal el funcionario pierde el derecho a la compatibilidad de las asignaciones como lo estima la administración. La Sala estima que no; el sentido lógico y razonable es que si el beneficiario de una pensión de jubilación que por encontrarse dentro de las excepciones legales, tenga derecho a percibir además un sueldo del tesoro, no puede percibir por los dos conceptos más de lo que devenga un Ministro del Despacho; luego si dicho valor conjunto excediere de este límite, el beneficiario tiene derecho a solicitar que el monto de su pensión de jubilación sea redyucido hasta el punto que sumado al sueldo devengado sea igual a la remuneración fijada por la ley para los Ministros del Despacho. Considera la Sala por tanto, que el actor tenía derecho a solicitar la reducción de su monto pensional y pedir que así reducido se le pagara conjuntamente con el sueldo que devengaba, para cuyo efecto debía levantarse la condición de probar el retiro del servicio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto diez (10) de mil novecientos noventa y cinco (1995).-

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8887. Autoridades nacionales. Apelación sentencia. Actor: Bernardo Ortiz Amaya

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-Sección C, en el proceso promovido por BERNARDO ORTIZ AMAYA contra la Caja Nacional de Previsión Social.

ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad del parágrafo 2o. del artículo 1o. de la Resolución No. 010709 de 15 de septiembre de 1983, del auto de abril 7 de 1986 y de la Resolución No. 3111 de julio 11 del mismo año, proferidos por la Caja Nacional de Previsión Social, "mediante las cuales, por la primera se exigió al Dr. Ortiz Amaya demostrar con declaración jurada el retiro definitivo del servicio oficial para entrar a gozar de su pensión y por las otras se confirmó tal exigencia". Como consecuencia de lo anterior, solicitó se le reconozca las

diferencias de su pensión jubilatoria dejada de percibir entre el 1o. de noviembre de 1984 y el 30 de julio de 1986, "o sea la cantidad de "104.050.oo m/c mensuales entre el mismo 1o. de noviembre de 1984 y el 30 de diciembre del mismo año; $98.632.oo m/c mensuales durante todo el año de 1985 y $117.095.oo m/c mensuales entre el 1o. de enero y el 30 de julio de 1986 y pensión completa de $130.921.22 entre el 14 y el 30 de octubre de 1984".

2. El *a-quo* declaró no agotada la vía gubernativa en relación con la Resolución No. 010709 de septiembre 15 de 1983 y declaró la caducidad de la acción respecto de los restantes actos demandados, con base en los siguientes fundamentos.

En lo que tiene que ver con la Resolución No. 010709 de septiembre 15 de 1983, el actor no agotó la vía gubernativa, ya que no hizo uso de los recursos dentro del término establecido, especialmente el de apelación que era de obligatoria interposición. En consecuencia, ante esta deficiencia no es posible decidir en esta jurisdicción.

Referente al auto de abril 7 de 1986 confirmado por la Resolución No. 3111 de julio 11 del mismo año, se observa que la acción judicial no se inició dentro del plazo de cuatro meses contados a partir del día en que se notificó la decisión final, razón por la cual ha operado el fenómeno de caducidad de la acción. Si bien el derecho a la pensión de jubilación no prescribe, la negativa de la administración a reconocerlo debe ser impugnada dentro del término de caducidad. No significa ésto que el accionante no pueda volver a reclamar los derechos que considere tener, toda vez que los mismos no prescriben.

3. El actor expresa su inconformidad con el anterior fallo con base en las siguientes alegaciones:

En primer término, la Resolución No. 010709 de septiembre 15 1983 no fue impugnada ante la propia administración por cuanto se estaba de acuerdo en lo favorable y cualquier error que se presentara posteriormente era subsanable por cuanto que la ley no permite la renuncia de las prestaciones sociales. Posteriormente se le formuló a la administración una petición independiente para que se le pagaran las diferencias dejadas de percibir, por cuanto no existía incompatibilidad en la recepción de la pensión de jubilación y el sueldo que recibió el actor en la Embajada de Colombia ante Noruega. De tal manera que como se trata de un acto complejo, la no inclusión en la demanda de dicha resolución conllevaría caer en una contradicción en caso de fallarse favorablemente la nulidad de los otros dos actos demandados.

En segundo término, respecto a la declaratoria de caducidad que ha hecho el Tribunal, esta decisión vulnera el párrafo 3o. del artículo 136 del C.C.A., que con claridad meridiana excluye de la caducidad los actos que reconozcan prestaciones periódicas, los cuales podrán demandarse en cualquier tiempo; la interpretación del Tribunal atenta contra lo prescrito por los artículos 27 y 28 del C.C. Por último agrega que ha sido constante la jurisprudencia de la jurisdicción en el sentido que la acción para reclamar la pensión de

jubilación es imprescriptible y que sólo opera la prescripción en relación con las mesadas pensionales. Dicha imprescriptibilidad debe extenderse a pensiones de cualquier orden, reajustes, reliquidaciones, etc.

Anexa fotocopia de un concepto del señor Procurador General de la Nación en el cual solicita a la Corte Constitucional declarar la exequibilidad del inciso 3o. del artículo 136 del C.C.A. que ha sido demandado.

4. La parte demandada solicita confirmar la providencia apelada, por cuanto en el caso *sub-judice* se constata que no se cumplió con la obligatoriedad del agotamiento de la vía gubernativa, exigible para los casos administrativos particulares y concretos; en consecuencia la administración no tuvo oportunidad de revisar sus actos y decidir si era preciso modificarlos o revocarlos.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad se decide previas las siguientes.

CONSIDERACIONES

1. En primer término habrá de decir la Sala que tuvo razón el Tribunal al declarar no agotada la vía gubernativa respecto de la Resolución No. 010709 de 1983, uno de los actos demandados.

De conformidad con el artículo 135 del C.C.A., subrogado por el artículo 22 del Decreto 2304 de 1989, constituye presupuesto indispensable para acudir ante esta jurisdicción, en acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho, que se haya agotado la vía gubernativa se entiende agotada cuando contra los actos administrativos no proceda recurso, cuando los recursos se han resuelto y cuando el acto administrativo queda en firme por no haber sido interpuestos los recursos de reposición o queja.

Esta exigencia tiene por objeto dar la oportunidad a la administración para revisar sus propias decisiones, es decir, brindar la posibilidad de que las autoridades administrativas examinen la legalidad del acto protestado y puedan rectificar sus errores, antes de que sean objeto de proceso judicial.

En el caso *sub-lit*e encuentra la Sala lo siguiente:

Mediante Resolución No. 010709 de septiembre 15 de 1983, emanada del Sub-Director de Prestaciones Económicas de la Caja Nacional de Previsión, se reconoció el derecho del actor a disfrutar de una pensión vitalicia de jubilación, en cuantía de $130.921.22. Y en el inciso 2o. del artículo 1o. se dispuso que la pensión será efectiva a partir de febrero 1o. de 1983, siempre y cuando demuestre el beneficiario el retiro definitivo del servicio oficial mediante declaración jurada rendida ante autoridad competente. Y al final de dicho acto se ordenó lo siguiente:

> "Notifíquese al apoderado haciéndole saber que en caso de inconformidad con lo resuelto en la presente providencia, puede interponer por escrito el recurso de

reposición ante la Subdirección de prestaciones económicas o subsidiariamente el de apelación ante la Dirección General de la Institución, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación (Decreto 2733 de 1933), manifestando las razones de su inconformidad." (fl. 67, c. 2).

Este acto fue notificado personalmente al apoderado del actor en septiembre 21 de 1983 y en la diligencia se le hizo saber que contra él podía interponer los recursos de reposición o apelación, a lo cual manifestó que "Acepta y Renuncia Términos" (fl. 6, c. ppal.). Fotocopia del poder conferido por el demandante a su abogado ante la administración obra a folio 41 del cuaderno No. 2.

De manera que estima la Sala que en efecto tuvo razón el Tribunal para considerar que respecto al acto antes citado, el actor no cumplió con el presupuesto de agotamiento de la vía gubernativa para poder así acudir a la acción contencioso administrativa en solicitud de nulidad del acto. En consecuencia, en este punto se mantiene la sentencia protestada.

En relación con la declaración de caducidad de la acción que se produjo respecto de los otros actos demandados, la Sala precisa:

El actor formuló petición a la entidad demandada para que se diera aplicación al artículo 32, ordinal c) del Decreto 1042 de 1978, por considerar que se encontraba dentro de la excepción legal que le permitía devengar la pensión de jubilación ya reconocida, más el sueldo de Consejero de la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Noruega, cargo en el cual había sido nombrado. Para tal efecto solicitó se le redujera el monto de la pensión de jubilación reconocida (fls. 89 a 93, c. 2), con el objeto de que sumada al sueldo no excediera el tope de la asignación mensual que tiene un ministro.

La administración mediante auto de abril 7 de 1986, emanado de la Subdirección Prestaciones Económicas, División de Reconocimiento, Sección Pensiones Nacionales, denegó lo pedido por considerar que el actor no se encontraba dentro de la excepción legal referida, por cuanto el valor conjunto de la pensión y el sueldo percibido excedía la remuneración fijada para un Ministro de Despacho (fls. 12 a 13, c. ppal.).

Mediante Resolución No. 3111 de julio 11 de 1986, el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra el auto antes citado, confirmándolo en todas sus partes.

El debate gira en torno a si ha operado el fenómeno procesal de caducidad de la acción, por cuanto la demanda que ha originado el presente proceso fue presentada en julio 1o. de 1987, es decir vencido el término de cuatro meses contados a partir de la notificación de la anterior resolución (fl. 19, c. ppal. y fl. 134, c. 2).

El artículo 136 del C.C.A. subrogado por el artículo 23 del decreto 2304 de 1989, establece en sus incisos segundo y tercero sobre la caducidad de las acciones, lo siguiente:

"La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro (4) meses contados a partir del día de la publicación, notificación o ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses contados a partir del día siguiente a aquél en que se configure el silencio negativo.

Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe." (subraya la Sala).

Debe dilucidarse entonces si los actos acusados se encuentran dentro de la excepción a la caducidad dispuesta por el artículo 136 del C.C.A. Para ello deben hacerse las siguientes precisiones.

El original acto de reconocimiento de la prestación periódica contenido en la resolución No. 010709 de 1983, condicionó la percepción de las mesadas a la comprobación del retiro del servicio del accionante. Esta condición fue controvertida con posterioridad por el actor, quien argumentando encontrarse dentro de una de las excepciones a la regla general de incompatibilidad entre pensión y sueldo, pidió se ordenara el pago de las mesadas en suma inferior a la reconocida con el objeto de no sobrepasar la asignación señalada para los Ministros del Despacho, límite impuesto por la norma que dispuso la excepción.

La respuesta a esta petición, por consiguiente en el fondo lo que decidió fue mantener la condición impuesta por el acto de reconocimiento que obligaba al beneficiario a comprobar el retiro del servicio, o sea mantuvo el acto administrativo de reconocimiento de la prestación tal como había sido decretada.

En este orden de ideas, no se trata de un acto que niegue el derecho a una prestación periódica sino del acto que confirma un reconocimiento condicionado. De allí que le asiste razón al censor al impugnar la decisión del Tribunal que declaró la caducidad de la acción, por cuanto legalmente estaba habilitado para demandarlo en cualquier tiempo.

Así las cosas, habrá de revocarse parcialmente la sentencia inhibitoria, y se procederá a resolver sobre el fondo de asunto en relación con estos últimos actos.

En el caso *sub-judice* obra lo siguiente:

Mediante resolución No. 010709 de septiembre 15 de 1983, el Subdirector de Prestaciones Económicas del ente demandado reconoció en favor del actor el derecho a disfrutar de una pensión de jubilación (fls. 64 a 67, c. 2.).

El accionante quien desempeñaba el cargo de Magistrado del Consejo de Estado, se retiró del servicio en octubre 15 de 1984 (fl. 77, c. 2). Posteriormente ocupó el cargo de Consejero, Grado Ocupacional 4 en la Embajada de Colombia ante el Gobierno de Noruega del 23 de octubre de 1984 hasta el 31 de julio de 1986 (fl. 15, c. ppal.). Consta

igualmente que el censor no era un funcionario inscrito en el escalafón de la carrera diplomática y consular (fl. 107, c. 2).

El actor solicitó al ente demandado que en aplicación del artículo 32, ordinal c) del decreto 1042 de 1978, se dispusiera el pago de su pensión de jubilación, pero en un monto inferior al que le fue reconocida en orden a que sumado con el sueldo del cargo diplomático no superara la remuneración de un Ministro del Despacho (fls. 87 a 93, c. 2).

Mediante auto de abril 7 de 1986, la Subdirección de Prestaciones Económicas, División de Reconocimiento, Sección Pensiones Nacionales de Cajanal, negó la anterior petición por cuanto "el valor conjunto" de la pensión y el sueldo percibido en el cargo diplomático excedía la remuneración fijada para un Ministro del Despacho. Mediante resolución No. 3111 de julio 11 de 1986, el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social confirmó el anterior acto (fls. 7 a 13, c. ppal.).

Pues bien, el artículo 32 del decreto 1042 de 1978 prescribe lo siguiente:

> "De la prohibición de recibir más de una asignación básica.
>
> De conformidad con el artículo 64 de la Constitución Nacional (de 1986) ningún empleado público podrá recibir más de una asignación que provenga del Tesoro, o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, ya sea por razón de contrato, de comisión o de honorarios.
>
> Se exceptúan de la prohibición contenida en el presente artículo las asignaciones que a continuación se determinan:
>
> (...)
>
> c. Las que provengan de pensión de jubilación y del ejercicio de los cargos de (...) Miembro de comisiones diplomáticas no comprendidas en la respectiva carrera (...) siempre que el valor conjunto de la pensión y del sueldo percibido en el cargo no exceda la remuneración fijada por la ley para los Ministros del Despacho." (Se subraya).

Establece la norma por vía de excepción, la compatibilidad de sueldo y pensión, cuando se desempeñe alguno de los cargos públicos expresamente señalados, siempre y cuando el valor conjunto de dichas asignaciones no exceda la remuneración de los Ministros del Despacho. Podrá interpretarse que cuando se exceda el tope legal el funcionario pierde el derecho a la compatibilidad de las asignaciones como lo estima la administración.

La Sala estima que no; el sentido lógico y razonable es que si el beneficiario de una pensión de jubilación que por encontrarse dentro de las excepciones legales, tenga derecho a percibir además un sueldo del tesoro, no puede percibir por los dos conceptos más de lo que devenga un Ministro del Despacho; luego si dicho valor conjunto excediere de este límite, el beneficiario tiene derecho a solicitar que el monto de su pensión de jubilación

sea reducido hasta el punto que sumado al sueldo devengado sea igual a la remuneración fijada por la ley para los Ministros del Despacho.

A esta conclusión llega la Sala por cuanto no existe norma alguna que prohíba a un funcionario público solicitar la reducción del monto de su pensión de jubilación (no del derecho), con el objeto de acogerse a los beneficios de una disposición legal que le es favorable.

Como antecedente normativo es oportuno mencionar que la Ley 57 de 1964 prescribió tal solución al aclarar el artículo 6o. de la Ley 1a. de 1963 que permitía la concurrencia de sueldo y pensión de jubilación. Allí se dispuso:

> "Artículo 1o.- De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 6a. de 1945, en relación con el artículo 6o. de la Ley 1a. de 1963, cuando el valor conjunto del sueldo y de la pensión de jubilación exceda de mil seiscientos pesos ($1.600) mensuales, el beneficiario deberá renunciar a favor de la Caja de Previsión Social a cuyo cargo está el pago de la jubilación, o si esta no existiere, a favor del Tesoro Oficial que pague la pensión, la cantidad que sobrepase dicho límite, en forma que pueda cobrar conjuntamente hasta la cantidad de mil seiscientos ($1.600) mensuales." (Destaca y subraya la Sala).

Considera la Sala por tanto, que el actor tenía derecho a solicitar la reducción de su monto pensional y pedir que así reducido se le pagará conjuntamente con el sueldo que devengaba, para cuyo efecto debía levantarse la condición de probar el retiro del servicio.

En orden al restablecimiento del derecho se accede a las peticiones de reconocimiento y orden de pago de los montos de dinero correspondiente a las diferencias de valores entre lo percibido por el cargo público que desempeñó el actor y la remuneración de un Ministro del Despacho así (fl. 14, c. ppal.):

1) AÑO DE 1984: Período: Noviembre 1o. a diciembre 30	
– Asignación Ministro del Despacho:	$164.250.00
– Sueldo actor:	$ 60.200.00
– Monto pensión de jubilación (f. 66, c. 2)	$130.921.00
– Diferencia mensual a pagar:	$104.050.00
2) AÑO DE 1985: Período: enero 1o. a diciembre 30	
– Asignación Ministro del Despacho:	$164.250.00
– Sueldo actor:	$ 65.618.00
– Diferencia a pagar por jubilación:	$ 98.632.00

3) AÑO DE 1986: Período: enero 1o. a julio 30

– Asignación Ministro del Despacho:	$197.100.00
– Sueldo actor:	$ 80.005.00
– Diferencia a pagar por jubilación:	$117.095.00

La jurisprudencia de la Sala ha considerado que cuando se trate de la condena a pagar una suma fija, cierta, determinada y congelada a la fecha de proferirse la sentencia, hay lugar a que su valor sea ajustado en los términos del artículo 178 del C.C.A., aun cuando ello ho haya sido solicitado en el libelo demandatorio. En sentencia de 31 de julio de 1995, con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno, Expediente No. 6301, Actor: Erasmo Díaz Andrade y otros, la Sala explicó las razones:

"...

3) En efecto, si se pide un restablecimiento que consiste básicamente en el pago de una suma de dinero, es fácil entender que se está solicitando ese valor para la fecha en que se produzca la condena, pues nadie pide menos valor del que le causa el perjuicio recibido, como un resultado lógico.

4) Un completo restablecimiento del derecho supone que cuando lo ordena un fallo, aquél debe guardar suficiente interés para el actor. Por eso el legislador ha conferido al juez administrativo la facultad para estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas, justamente con el objeto de restablecer el derecho particular en la misma proporción en que se causó el daño. Dicho en otros términos más sencillos, el restablecimiento del derecho debe ser justo, equitativo y razonable.

5) El demérito monetario es un fenómeno económico, fácilmente perceptible por todos,y por lo tanto su efecto no necesita solicitud expresa en la demanda ni la prueba de su impacto se precisa en el expediente...".

En este orden de ideas, se ordenará que las sumas a pagar se ajustarán en los términos previstos en el citado artículo 178 del C.C.A., acudiendo para ello al sistema y fórmula que han venido siendo utilizados de tiempo atrás por la Sección Tercera de la Corporación, según los cuales el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh) por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de esta sentencia) por el índice inicial (vigente a la fecha de ejecutoria del último acto acusado) así:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

No se accede a la petición de reconocimiento y pago de la pensión completa en el período de octubre 14 al 30 de 1984, porque los actos acusados no se refirieron a esta pretensión y por ello tal restablecimiento no surge como consecuencia de su nulidad.

En razón 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 el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia de junio dieciocho (18) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Sub-sección C, dentro del proceso promovido por el doctor BERNARDO ORTIZ AMAYA contra la Caja Nacional de Previsión Social, que declaró no agotada la vía gubernativa respecto de la Resolución No. 010709 de septiembre 15 de 1983.

REVÓCASE el numeral segundo que declaró la caducidad de la acción respecto de los otros actos demandados. En su lugar se DISPONE:

DECLÁRASE LA NULIDAD del auto de abril 7 de 1986 emanado de la Subdirección de Prestaciones Económicas, División de Reconocimiento, Sección Pensiones Nacionales de la Caja Nacional de Previsión Social, y de la Resolución No. 3111 de julio 11 de 1986 del director General de dicho ente.

ORDÉNASE a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL pagar al doctor BERNARDO ORTIZ AMAYA la pensión de jubilación por el valor correspondiente a las diferencias entre lo percibido en el cargo público desempeñado y la remuneración de un Ministro del Despacho así: 1) La suma mensual de $104.050.oo correspondiente al período noviembre 1o. a diciembre 30 de 1984. 2) La suma mensual de $98.632.oo correspondiente al período enero 1o. a diciembre 30 de 1985. 3) Y la suma mensual de $117.095.oo de período enero 1o. a julio 30 de 1986.

Estas sumas serán ajustadas en los términos del artículo 178 del Código Contencioso Administrativo en la forma detallada en la parte motiva de esta providencia.

NIÉGANSE las demás súplicas de la demanda.

Se dará cumplimiento a esta sentencia dentro del término previsto en el artículo 176 del Código Contencioso Administrativo.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE.

La anterior providencia fue considerada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala en sesión del veintisiete (27) de julio de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Aclara voto

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA
Salva voto

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

JAVIER DÍAZ BUENO
Conjuez

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

VÍA GUBERNATIVA-Requisitos/**AGOTAMIENTO VÍA GUBERNATIVA**-Inexistencia

En el caso de autos, es claro que el actor no estaba obligado a demandar la resolución No. 010709 del 15 de septiembre de 1983 y mucho menos a producir un agotamiento de vía gubernativa que es a todas luces innecesario e inocuo, puesto que los hechos que dieron fundamento a sus pretensiones son posteriores y no estaban sustentados de manera directa en este acto; a lo sumo, derivan indirectamente del mismo.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 10 DE AGOSTO DE 1995 EN EL PROCESO No. 8887. AUTORIDADES NACIONALES. ACTOR: BERNARDO ORTIZ AMAYA.

Santa Fe de Bogotá, D.C., agosto quince (15) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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 confirma el "numeral primero" de la sentencia del *a-quo*, que declaró no agotada la vía gubernativa "respecto de la Resolución No. 010709 de septiembre 15 de 1983".

En efecto, en mi opinión no era menester formular ninguna petición por la vía gubernativa respecto de ese acto, por las siguientes razones:

1. El requisito del agotamiento de la vía gubernativa es un privilegio que se reserva la Administración Pública para ver de corregir sus yerros o reconocer un derecho sobre el cual no conoce, al menos de manera suficiente, que se han dado los supuestos legales para ello.

2. Por consiguiente, cuando el acto administrativo lo que hace es reconocer un derecho pedido por el interesado y con el cual está de acuerdo éste, no se ve razón alguna para que se considere que estaba obligado a demandarlo o a suscitar el trámite gubernativo mencionado.

3. En el caso de autos, entonces, me parece claro que el actor no estaba obligado a demandar la resolución No. 010709 del 15 de septiembre de 1983 y mucho menos a producir un agotamiento de vía gubernativa que es a todas luces innecesario e inocuo, puesto que los hechos que dieron fundamento a sus pretensiones son posteriores y no estaban sustentados de manera directa en este acto; a lo sumo, derivan indirectamente del mismo.

4. Así las cosas, es evidente que la demanda de ese acto es inocua porque nunca le negó nada. Empero, de allí no puede seguirse que si lo demandó judicialmente, previa e inexorablemente debiese haberlo cuestionado por la vía gubernativa.

Con todo acatamiento,

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN-Procedencia/**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN**-Excepción/**PRESTACIÓN PERIÓDICA**-Inexistencia

En criterio de quien aquí salva voto, no es acertado entonces la tesis de la ilustrada mayoría de que la respuesta a la petición del ahora actor, en el fondo lo que decidió fue mantener la condición impuesta por el acto de reconocimiento que obligaba al beneficiario a comprobar el retiro del servicio, o sea que mantuvo el acto administrativo de reconocimiento de la prestación tal como había sido decretada. Eso equivale hacerle decir al acto, a la expresión unilateral de la voluntad de la administración algo que no estaba en su mente decir, hacerle producir unas consecuencias que no tiene. De allí que si estos actos no recocieron pensión periódica alguna, estaba sujeto al término de caducidad previsto por la norma que se ha transcrito arriba: y si ello fue así, habiéndose notificado la resolución 3111 de 11 de julio de 1986 el 4 de agosto de este año, habiéndose incoado la acción de que ahora se conoce el 1 de julio de 1987, no son necesarias mayores explicaciones para concluir que cuando esto último ocurrió, el término de la caducidad había vencido y con exceso.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ÁLVARO LECOMPTE LUNA

EN EL FALLO DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CONSEJO DE ESTADO CALENDADO A DIEZ (10) DE AGOSTO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CINCO (1995) Y APROBADO EN SESIÓN DE VEINTISIETE (27) DE JULIO DEL MISMO AÑO.

Expediente No. 8887 – AUTORIDADES NACIONALES – Actor: Bernardo Ortiz Amaya.

Muy respetuosamente el suscrito se aparta de la decisión mayoritaria de la Sala para revocar parcialmente la decisión inhibitoria de la *a-quo*, en cuanto atañe a la caducidad de la acción respecto al auto de 7 de abril de 1986 y la resolución No. 3111 de 11 de julio del mismo año que lo confirmó, pues de la situación fáctica que analizó el Tribunal a la luz del art. 136 del C.C.A. (subrogado por el art. 23 del decreto-ley 2304 de 1989), el fenómeno en cuestión se produjo y de esa manera no podía la jurisdicción definir de fondo el asunto.

En efecto:

1o.) La norma en cuestión dice lo siguiente:

"Caducidad de las acciones.- La nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo a partir de la expedición del acto.

La de restablecimiento del derecho caducará al cabo de cuatro meses contados a partir del día de la publicación, notificación y ejecución del acto, según el caso. Si el demandante es una entidad pública, la caducidad será de dos (2) años. Si se demanda un acto presunto, el término de caducidad será de cuatro (4) meses, contados a partir del día siguiente a aquel en que se configure el silencio negativo.

Sin embargo, los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas parcialmente de buena fe.

.....

.....

2o.) Los actos que se examinan, es decir el auto de 7 de abril de 1986 y la resolución No. 3111 de 11 de julio de igual año, que conforman una unidad, denegaron la petición del hoy actor, o sea, que se le diera aplicación al art. 32, ordinal c) del decreto 1042 de 1978, por considerar éste que se encontraba dentro de la excepción legal que le permitía devengar simultáneamente la pensión de jubilación ya reconocida y el sueldo de Consejero de la Embajada de Colombia en Noruega, cargo para el cual había sido designado, reduciéndosele del monto de la pensión lo que correspondiera de tal suerte que sumada con el sueldo no excediera el tope de la asignación mensual que tiene un ministro del Despacho.

3o.) Obsérvese entonces que dichos actos no reconocieron ninguna prestación periódica, por el contrario, negaron la posibilidad de que se le pagase simultáneamente con el sueldo de consejero de la Embajada. El acto que reconoció la prestación periódica –la jubilación– fue la otra resolución No. 010709 de 15 de septiembre de 1983, respecto a la cual determinó el Tribunal que no se había agotado la vía gubernativa por cuanto pudiendo ser recurrida, se tuvo completa conformidad con ella por el beneficiario, lo que compartió la Sala y también el suscrito.

4o.) En criterio de quien aquí salva voto, no es acertado entonces la tesis de la ilustrada mayoría de que la respuesta a la petición del ahora actor, en el fondo lo que decidió fue mantener la condición impuesta por el acto de reconocimiento que obligaba al beneficiario a comprobar el retiro del servicio, o sea que mantuvo el acto administrativo de reconocimiento de la prestación tal como había sido decretada. Eso equivale hacerle decir al acto, a la expresión unilateral de la voluntad de la administración algo que no estaba en su mente decir, hacerle producir unas consecuencias que no tiene. De allí que si esos actos no reconocieron pensión periódica alguna, estaba sujeto al término de caducidad previsto por la norma que se ha transcrito arriba; y si ello fue así, habiéndose notificado la resolución 3111 de 11 de julio de 1986 el 4 de agosto de ese año, habiéndose incoado la acción de que ahora se conoce el 1o. de julio de 1987, no son necesarias mayores explicaciones para concluir que cuando esto último ocurrió, el término de la caducidad había vencido y con exceso.

Obviamente, como el derecho a las prestaciones no prescribe –fenómeno distinto al de la caducidad–, el actor podría elevar nueva petición semejante a la anterior y luego, si la respuesta fuera adversa, acudir en tiempo ante la jurisdicción.

Cree pues el suscrito que el pronunciamiento del juzgador de primera instancia ha debido ser confirmado en toda su extensión.

Cordialmente,

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

ACCIÓN DE SIMPLE NULIDAD-Requisitos/**NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN/HECHOS**-Inexistencia

Tratándose de una acción de simple nulidad, en donde lo que se pretende es el restablecimiento del orden jurídico abstracto y no de derechos individuales y concretos, no se requiere de un recuento pormenorizado de los presupuestos fácticos que puedan llevar a demostrar el perjuicio causado a un terminado particular, con la actuación que se demanda. Como la causa petendi es precisamente la nulidad del acto desde un punto de vista abstracto, bastará con la concreción del acto demandado y el concepto de la violación, además de otros elementos de la demanda, pero sin que pueda exigirse como requisito esencial de la misma, el relato detallado de unos "hechos", que no necesariamente pudieran considerarse como fundamentales para la validez del acto cuya nulidad se propone.

ACTO DE CARÁCTER GENERAL-Requisitos/**PUBLICACIÓN EN LA GACETA DEPARTAMENTAL**-Inexistencia/**ACTO DE CARÁCTER GENERAL**-Ámbito de Aplicación/**CAJA DE PREVISIÓN DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER/REGLAMENTO INTERNO DE TRABAJO**

Si bien es cierto el artículo 43 del C.C.A. establece el deber de publicar "los actos administrativos de carácter general...", con la consecuencia de que no será obligatorio para los particulares mientras no se cumpla con este requisito, también lo es que esta regla es aplicable a los actos de carácter general. Deberá así consultarse, en cada caso, la naturaleza del acto a comunicar y su ámbito de aplicación, a fin de determinar cómo y a quiénes debe notificarse la expedición del mismo. Por ello no puede entenderse, como

lo hace el demandante, que todos los actos de la administración están sometidos a publicación. En el caso sub-judice, dada la naturaleza del acto expedido por la Junta Directiva de la Caja de Previsión del Departamento de Norte de Santander, así como a quienes iba dirigido –el personal administrativo de dicha entidad–, no era obligatoria su publicación en la Gaceta Departamental, por el carácter restringido de su ámbito de aplicación, que únicamente afectaría al personal ya mencionado, únicos interesados en conocer el contenido del Reglamento Interno. Por lo demás, cuando el artículo 330 del Decreto-Ley 1222 de 1986 enumera los documentos que deben publicarse en las gacetas oficiales, se refiere a los actos de las juntas directivas y gerentes de las entidades descentralizadas "...que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tenga alcance o interés generales", situación que no se configura en el caso en estudio.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D.C., catorce (14) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrado Ponente: DR. ÁLVARO LECOMPTE LUNA.

Referencia: Expediente No. 5179. Autoridades Departamentales. Actor: Jorge Lucas Tolosa Cañas

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 1o. de junio de 1990, en la cual el Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander, resolvió:

> "INHIBIRSE, para pronunciarse de mérito sobre la legalidad del 'REGLAMENTO INTERNO DEL TRABAJO PARA EL PERSONAL ADMINISTRATIVO DE LA CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL DE LOS EMPLEADOS Y OBREROS DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER', expedido el 18 de abril de 1988".

I.- ANTECEDENTES

1.1.- En demanda que obra a folios 31 y ss. del expediente, el ciudadano Jorge Lucas Tolosa Cañas, en su propio nombre, solicita de la jurisdicción que con fundamento en la acción de que trata el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se declare la nulidad del Reglamento Interno de Trabajo para el Personal Administrativo de la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros departamentales del Norte de Santander, artículos 1, 2, 3, con todos los capítulos, títulos y sub-numerales. Constituye así el acto acusado, la integridad del reglamento interno de trabajo, expedido el 18 de abril de 1988.

1.2.- Se cita en el libelo como normas violadas, la Constitución Política de Colombia vigente en la época y el artículo 43 del decreto 01 de 1984. El concepto de violación se hace consistir, en que existiendo normas en la dicha Carta Fundamental, que consagraban

derechos y garantías individuales para los empleados administrativos, éstos fueron desconocidos en el reglamento demandado, cuando introdujo en su numeral 2.1.1. una modificación al régimen anterior de declaración de insubsistencia, pues antes se exigía la motivación de los actos en que se decreta la destitución o insubsistencia, requisito que desapareció al expedirse el nuevo reglamento.

1.3.- Afirma el demandante que si bien el nuevo reglamento fue debidamente aprobado por la Junta Directiva de la Caja de Previsión Social, éste adolece de formalidades que son sustanciales para su validez, cual es, la no publicación del reglamento interno de trabajo en la Gaceta Departamental. Adicionalmente, el acta en la cual se justifica la reforma está falsamente motivada, presentándose también violación de la ley sustancial.

1.4.- El primero de los cargos, se apoya en el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo, que ordena la publicación de los actos administrativos de carácter general, hecho que no cumplió al no haberse ordenado la publicación del nuevo reglamento, en la Gaceta Departamental. La falsa motivación obedece a que el fundamento para la expedición del nuevo reglamento, fue la modernización de la Caja de Previsión Social, hecho que no se cumplió, pues el nuevo reglamento es réplica exacta del anterior, con la única variación del numeral 2.1.1., que determinó que las declaraciones de insubsistencia ya no deben ser motivadas. La violación de la ley sustantiva se presentó en la forma como fue citada la Junta Directiva y en el desarrollo del orden del día.

II.- DE LA SENTENCIA RECURRIDA

2.1.- Consideró el *a-quo*, en la primera parte de su providencia, que el demandante no dio cumplimiento al artículo 138 del Código Contencioso Administrativo, hoy sustituido por el artículo 24 del decreto 2304 de 1989, por cuanto en el acápite pertinente de la demanda, no se mencionó "a qué correspondía el reglamento demandado, ni qué autoridad lo expidió, en qué forma, etc.".

2.2.- En segundo lugar se refirió a la llamada "causa petendi", definiéndola como aquellos presupuestos fácticos que deben suministrarse al juez, para que pueda conocer la realidad histórica que se somete a su juzgamiento y concluye que este requisito esencial de la demanda –numeral 3o. del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo– no se incluyó en el libelo que dio origen a este proceso.

2.3.- Fue así como la falta de individualización completa del acto demandado y la carencia de elementos fácticos, lo llevaron a una decisión inhibitoria.

III.- DE LA ARGUMENTACIÓN DEL RECURRENTE

La parte actora interpuso recurso de apelación (folio 126) contra la anterior providencia, afirmando que en la demanda se encontraban debidamente acreditados los requisitos sustanciales y formales, necesarios para un pronunciamiento de fondo. Las partes comparecieron en debida forma al proceso; el acto demandado es la totalidad del

Reglamento Interno de Trabajo, pues la ausencia de publicación lo torna nulo en su integridad; al tratarse de una acción de nulidad, en la cual se están dilucidando puntos de derecho y no de hecho, puede decirse que ellos se encuentran integrados a la totalidad de la demanda, especialmente en el capítulo de normas violadas y su concepto.

IV.- CONCEPTO DE LA FISCALÍA CUARTA DEL CONSEJO DE ESTADO

4.1.- El Ministerio Público no comparte la decisión inhibitoria del Tribunal porque, en su opinión, la demanda reunía los requisitos sustanciales y formales exigidos por la ley.

4.2.- De otra parte, sostiene que el fundamento esencial de la pretendida nulidad, como es la falta de publicación del nuevo Reglamento Interno en la Gaceta Departamental, no era un requisito legalmente necesario, por tratarse de un reglamento de carácter interno, que fue debidamente comunicado a los interesados. Al no encontrarse configurada ninguna de las causales de nulidad contempladas en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, se pronuncia por la desestimación de las súplicas de la demanda.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1.- Para la Sala es evidente que el Tribunal de primera instancia pecó de exagerado rigorismo procesal, cuando se declaró inhibido para un pronunciamiento de fondo.

Aún aceptando que en la demanda contencioso administrativa se exige una técnica especial, delimitada en lo que al respecto dispone el artículo 137 del Código Contencioso Administrativo, los dos aspectos en que el Tribunal basó su inhibición no se configuran de una manera sin determinante en el libelo, que puedan llevar a la máxima sanción procesal: la falta de un pronunciamiento de mérito.

En efecto, sin necesidad de acudir a un mayor esfuerzo intelectual de índole interpretativo, se observa con facilidad que el acto acusado es el Reglamento Interno de Trabajo para el personal administrativo de la Caja de Previsión Social de los empleados y obreros del Departamento de Norte de Santander, expedido por su Junta Directiva, el 18 de abril de 1988, elementos todos éstos que lo diferencian y distinguen de otros actos de similares características, sin que pueda aceptarse, de manera tan contundente, que no puede establecerse a "qué reglamento" se refiere la demanda.

Por lo demás, tratándose de una acción de simple nulidad, en donde lo que se pretende es el restablecimiento del orden jurídico abstracto y no de derechos individuales y concretos, no se requiere de un recuento pormenorizado de los presupuestos fácticos que puedan llevar a demostrar el perjuicio causado a un determinado particular, con la actuación que se demanda. Como la *"causa petendi"* es precisamente la nulidad del acto desde un punto de vista abstracto, bastará con la concreción del acto demandado y el concepto de la violación, además de otros elementos de la demanda, pero sin que pueda exigirse como requisito esencial de la misma, el relato detallado de unos "hechos", que no necesariamente pudieran considerarse como fundamentales para la validez del acto cuya nulidad se propone.

Los anteriores planteamientos llevan a la Sala a REVOCAR la sentencia apelada y, en su lugar, a pronunciarse sobre el fondo del asunto.

5.2.- El argumento central en que se hace consistir la nulidad del Reglamento Interno demandado es el que no se haya efectuado su publicación en la Gaceta Departamental, porque según el libelista, se quebranta con ello el artículo 43 del Código Contencioso Administrativo.

Si bien es cierto el art. 43 del C.C.A. establece el deber de publicar "los actos administrativos de carácter general...", con la consecuencia de que no será obligatorio para los particulares mientras no se cumpla con este requisito, también lo es que esta regla es aplicable a los actos de carácter general. Deberá así consultarse, en cada caso, la naturaleza del acto a comunicar y su ámbito de aplicación, a fin de determinar cómo y a quiénes debe noticiarse la expedición del mismo. Por ello no puede entenderse, como lo hace el demandante, que todos los actos de la administración están sometidos a publicación.

En el caso *sub-judice,* dada la naturaleza del acto expedido por la Junta Directiva de la Caja de Previsión del Departamento Norte de Santander, así como a quienes iba dirigido –el personal administrativo de dicha entidad–, no era obligatoria su publicación de su ámbito de aplicación, que únicamente afectaría al personal ya mencionado, únicos interesados en conocer el contenido del Reglamento Interno. Por lo demás, cuando el artículo 330 del decreto-ley 1222 de 1986 enumera los documentos que deben publicarse en las gacetas oficiales, se refiere a los actos de las juntas directivas y gerentes de las entidades descentralizadas "... que creen situaciones jurídicas impersonales u objetivas o que tenga alcance o interés generales", situación que no se configura en el caso en estudio.

No se configura así la causal de nulidad que se endilga al Reglamento Interno de Trabajo que ocupa a la Sala, independientemente de las consideraciones que sobre el tema de la publicación de actos administrativos expresó el Consejo de Estado, en sentencia de 30 de mayo de 1988, Sección Cuarta, Consejero Ponente doctor Hernán Guillermo Aldana (folio 99), por referirse dicho proveído a la falta de publicación de un acto administrativo de carácter general, lo que trae como consecuencia, no la nulidad del acto mismo, el cual por no ser publicado no es ilegal, sino que la ausencia de dicha formalidad, genera que el acto, válido en sí, no sea obligatorio para los particulares.

Pero en el presente caso, definido como está el carácter restringido del acto, existiendo información que no se discute en la demanda, que fue comunicado en la forma requerida para las actuaciones de esta naturaleza, la Sala concluye que no prospera la pretensión de nulidad sobre este punto.

5.3.- Se cuestiona igualmente el Reglamento Interno de Trabajo en comento, por: falsa motivación y violación de la ley sustancial.

Con relación a la falsa motivación, el único argumento presentado hace relación a que, en opinión del demandante, el nuevo reglamento interno es "una réplica exacta del

anterior", sin que en él se configure la modernización que sirvió de base a su expedición. Pero el anterior argumento, que no se sustenta en elemento probatorio alguno, de por sí no corresponde al elemento subjetivo de "falsa motivación" y se contradice con lo que se afirma en la misma demanda, sobre la inclusión, en el nuevo, de normas sobre carrera administrativa y declaratoria de insubsistencia sin necesidad de motivación.

En cuanto a la pretendida violación de la ley sustancial, se habla de inobservancia de normas de procedimiento y violación de normas de carácter penal, pero sin mencionar siquiera el ordenamiento jurídico presumiblemente quebrantado en su concepto, situación que releva a la Sala de efectuar algún pronunciamiento al respecto.

Las anteriores razones son suficientes para que la Sala deniegue las súplicas de la demanda, por no haberse demostrado las causales de nulidad que pudieran desvirtuar la presunción de legalidad del acto demandado.

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

FALLA:

1.- Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, de fecha 1o. de junio 1990, con respecto a la acción instaurada por el ciudadano Jorge Lucas Tolosa Cañas.

2.- En su lugar, deniéganse las súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN. CÚMPLASE.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 31 de agosto de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Hace mención de la sentencia de 30 de mayo de 1988; Sección Cuarta; Consejero Ponente: doctor Hernán Guillermo Aldana, sobre los efectos de la no publicación de los actos de carácter general.

IDEMA/ESTATUTOS-Reforma/**JUNTA DIRECTIVA-**Facultades/**GOBIERNO NACIONAL-**Aprobación

Desde el 5 de julio de 1968 existía en el D.L. 1050 de 1968 la previsión legal respecto de la dirección de los Establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, a cargo de una junta o Consejo Directivo, cuyas facultades legales enumeró el artículo 26 del citado decreto-ley, entre las cuales tenemos la del literal b) que reza "adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno"; así como desde el 26 de diciembre de 1968, ya en vigencia de la reforma constitucional de ese año, previsto el estatuto de las entidades descentralizadas del orden nacional, mediante la expedición del D.L. 3130, en cuyo artículo 16 16 se reiteraría el precepto de su dirección por juntas o consejos directivos.

IDEMA-Naturaleza Jurídica/**EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/EMPLEADOS-**Clasificación/**JUNTA DIRECTIVA-**Facultades/**EMPLEADO DE CONFIANZA**

A partir de la promulgación de la Carta Política de 1991 el Congreso a través de la atribución del num. 7o. del art. 150 conservó la facultad relacionada con la creación o autorización de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, mediante leyes; pero el constituyente de 1991 no modificó la clasificación de los Entes descentralizados, ni las nociones que les caracterizan existentes desde 1968, tanto que en la Carta Política no se avanzó concepto definitorio de ellos como para que se colija que su caracterización todavía compete al legislador más que al constituyente que se limitó a

mantener las tres especies de organismos y que de tal forma los criterios legales preexistentes se avienen a la Carta de 1991. Para el 10 de diciembre de 1991 momento de adopción del Acuerdo 029 de la Junta del IDEMA y para el 3 de febrero de 1992 fecha del Decreto aprobatorio, las facultades de la Junta Directiva del Ente, conservaron vigor, en virtud del artículo 21 constitucional transitorio y, con ellas, como se vio, por previsión del legislador extraordinario de 1968, podía indicar cuáles empleos de dirección o de confianza del IDEMA, se atenderían por empleados públicos de modo excepcional, pues la mayoría de sus servidores son trabajadores oficiales, también por previsión legal que proviene de 1968. De tal suerte quedó incólume ante la transición institucional la competencia del Ente y del Gobierno nacional para la expedición de los actos impugnados.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/EMPLEADOS-Clasificación/**TRABAJADORES OFICIALES/CARRERA ADMINISTRATIVA**-Exclusión/**DERECHO A LA ESTABILIDAD**-Inexistencia/**EMPLEADOS DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA**

En las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, aunque son entes descentralizados, no todos los servidores pertenecen a la carrera administrativa como quiera que la generalidad de sus servidores son trabajadores oficiales, y los trabajadores de ese carácter se hallan excluidos de la carrera por mandato constitucional, conforme al art. 125 de la Norma Superior. Yerra el demandante cuando deduce para los trabajadores oficiales los beneficios de relativa estabilidad que a los empleados de carrera concede la Carta Política en su artículo 125, porque no es cierto que ese tenor o el artículo 21 transitorio les haya reconocido dicho amparo, pues al contrario excluyó de la carrera a los trabajadores oficiales, situación constitucional que no les confiere derechos que tuviera que respetar la Junta Directiva del Ente demandado cuando el 10 de diciembre de 1991 adoptó el acuerdo 029, los que tampoco lesionó el Gobierno al aprobar la reforma en 1992 aun antes de la vigencia de la Ley 27 de 1992, porque legislativamente se ha previsto que en esa nómina concurran ciertos destinos públicos que no se atiendan mediante la relación propia de los trabajadores oficiales y empleados públicos o estatales, estos últimos precisados por la Junta o Consejo Directivo, mediante actos como el impugnado, siempre que correspondan a labores de dirección o de confianza calificada y con la subsiguiente aprobación del Gobierno.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.-Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 7446. Decretos del Gobierno. Actor: Jorge Pinilla Cogollo

Decide la Sala la demanda de nulidad del Decreto No. 207 del 3 de febrero de 1992, aprobatorio de una modificación de los estatutos del Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA", adoptada por su Junta Directiva.

LA DEMANDA:

Formula la petición de nulidad del Decreto 207 del 3 de febrero de 1992 con el cual el Gobierno Nacional aprobó el Acuerdo No. 029 del 10 de diciembre de 1991, de la Junta Directiva del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, que a su vez reformó el art. 30 de los estatutos del Ente, expedidos mediante el Acuerdo 021 de 1989.

La acción que se dirigió respecto de sendos actos administrativos, apunta a que se los anule en tanto alteran el tenor del estatuto así:

> "Artículo 30.- Las personas que prestan sus servicios en el IDEMA son trabajadores oficiales y su vinculación laboral será la contractual prevista en las disposiciones legales, salvo el Gerente General que será agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y remoción.
>
> Sin embargo, las personas que desempeñen los siguientes cargos o las que desarrollen funciones equivalentes, tendrán la calidad de empleados públicos:
>
> Secretario General
> Subgerente
> Gerente Regional
> Jefe Unidad
> Auditor Operativo Delegado
> Auditor de Control
> Auditor Operacional y Sistemas
> Auditor Financiero
> Asistente de Subgerencia
> Jefe de Prensa
> Asistente de Gerencia General
> Jefe Oficina Asesora
> Auditor Operativo Nacional
> Director C.O.C. "D"
> Director C.O.C. "C"
> Director Planta de Silos "C"
> Director C.O.C. "B"
> Director Planta de Silos "B"

Director C.O.C. "A"
Director Planta de Silos "A"
Director Portuario
Jefe de Sección
Jefe de Departamento
Jefe de División
Almacenista II
Laboratorista Comprador
Almacenista General
Cajero General
Administrador Mercado Mayorista
Secretaria de Gerencia
Almacenista I
Conductor de Gerencia

Artículo 2.- La presente reforma de Estatutos regirá a partir de la fecha de la publicación del Decreto que imparta su aprobación en el Diario Oficial, y deroga las disposiciones que le sean contrarias".

Se denunció la violación de los artículos 125 y 21 de las disposiciones transitorias de la Carta Política de 1991, porque la clasificación de los servidores del Estado entre trabajadores oficiales y empleados públicos, depende de la naturaleza de la función de la Entidad y en la del servicio y actividad que desempeña el trabajador y dependiendo de lo anterior existirá una relación contractual o una relación legal y reglamentaria.

La transgresión del art. 125, en opinión del libelista, se presenta cuando el Ejecutivo mediante decreto aprobatorio de una reforma estatutaria cambia la situación laboral de unos servidores trasladándolos de la categoría actual de trabajadores oficiales a la de empleados públicos, pues no los puede declarar unilateralmente de libre nombramiento y remoción porque la norma general indica que los empleados en los Órganos y Entidades del Estado son de carrera y las excepciones solamente las pueda determinar la ley (F.11).

Que al hacerlo, continúa el demandante, está haciendo una regulación por vía directa o indirecta sobre la carrera administrativa careciendo de facultades para ello al tenor del art. transitorio 21 y del art. 125 de la Carta que se la confiere en forma excluyente al Congreso para que regule todo lo de la carrera por medio de leyes y allí debe entenderse incorporado lo relativo a la reglamentación de qué empleados públicos son de carrera de acuerdo al principio general y cuáles quedarían enmarcados dentro de la excepción de los empleados de libre nombramiento y remoción (loc cit).

LA ACTUACIÓN:

La solicitud de suspensión provisional fue denegada (f 31-36) así como el recurso contra dicha providencia (F 41-45). La Entidad concurrió al proceso y arguyó que en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como ella, es atribución legal de sus Juntas Directivas la de adoptar sus propios estatutos, tal como lo previno el art. 26 del D.L. 1050 de 1968; que sus servidores no han pertenecido a la carrera administrativa; que para la expedición y adopción del acto dubitado se actuó conforme al derecho; que la entidad goza de autonomía administrativa, reflejada en la expedición de su estatuto que difiere de aquel que emite el Congreso y que se ha conocido en la doctrina como básico, en cuyo apoyo invoca pronunciamientos del Consejo de Estado, y por lo tanto se opone a la pretensión del demandante (Fls. 96-102).

En su momento el Procurador Cuarto Delegado de la Procuraduría General de la Nación expuso sus opiniones para solicitar se deniegue lo pedido. Entre ellas se destaca la distinción que se ha admitido entre el Estatuto Básico, que define la naturaleza orgánica, origen, estructura interna, funcionamiento y competencias de la respectiva entidad, expedido por el Legislativo y por el Ejecutivo excepcionalmente en el orden nacional y en el ámbito territorial por la Asamblea, el Concejo o los Gobernadores y alcaldes, respectivamente; y, por otra parte, el Estatuto Interno que es el que atiende al funcionamiento normal, al desarrollo de sus ejecutorias, al cometido de sus propósitos, de atribución de la Junta o Consejo Directivo de los respectivos Entes, al cual pertenece el acto acusado, el que por lo demás no lesiona las normas acusadas (Fls. 122-127).

El actor presentó sus alegaciones de instancia (Fls. 128-131) y la entidad demanda guardó silencio.

Como se observa causal de anulación procesal de lo actuado, se define el asunto planteado previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

1.- El Acuerdo No. 029 del 10 de diciembre de 1991 lo adoptó la Junta Directiva del Instituto de Mercadeo Agropecuario, IDEMA, previa invocación de las facultades conferidas por el art. 26 del D.L. 1050 de 1968 y el literal c) del art. 15 de sus propios estatutos. A su vez el Gobierno Nacional expidió el decreto cuestionado al amparo de las facultades legales y en especial de las que le confiere el art. 26 del D.L. 1050 de 1968, de modo que la Sala estudiará, en primer término, si las normas a cuyo amparo se adoptó y aprobó la modificación estatutaria conservan su eficacia ante el cambio institucional ocurrido en 1991 o no, y, luego se ocupará de las acusaciones específicas del demandante.

Las normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración nacional que se adoptaron antes de la reforma Constitucional de 1968, son las contenidas en el D.L. 1050 de 1968, expedido con fundamento en las autorizaciones de

la Ley 65 de 1967, donde se integró la Rama Ejecutiva y sus respectivos organismos conforme al art. 1o. y según el art. 6o. se definieron las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, como "... **organismos creados por la ley, o autorizados por ésta, que desarrollan actividades de naturaleza industrial o comercial conforme a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones que consagra la ley"** y que reúnan las características mencionadas de personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

Como se anotó la reforma constitucional del Acto legislativo No. 1o. de 1968 acogería este criterio jurídico al disponer en su art. 11, modificatorio del art. 76 de la Carta de 1886, que correspondería al Congreso mediante leyes **"expedir los estatutos básicos de las empresas industriales o comerciales del Estado"** (atribución del num. 10).

Empero, ya desde el 5 de julio de 1968 existía en el D.L. 1050 de 1968 la previsión legal respecto de la dirección de los Establecimientos públicos y de las empresas industriales y comerciales del Estado, a cargo de una junta o Consejo Directivo, cuyas facultades legales enumeró el art. 26 del citado decreto-ley, entre las cuales tenemos la del literal b) que reza *"adoptar los estatutos de la entidad y cualquier reforma que a ellos se introduzca y someterlos a la aprobación del Gobierno";* así como desde el 26 de diciembre de 1968, ya en vigencia de la reforma constitucional de ese año, previsto el estatuto de las entidades descentralizadas del orden nacional, mediante la expedición del D.L. 3130, en cuyo art. 16 se reiteraría el precepto de su dirección por Juntas o Consejos Directivos.

Tal como se ha recordado, la Corte Suprema de Justicia en su momento y el Consejo de Estado formularon la distinción entre unos y otros de los estatutos expedidos por el Congerso y los que acordaban las Juntas o Consejos de los Entes Descentralizados que debían ser aprobados luego por el Gobierno, y para aquellos conservaron su calificación de básicos como lo había hecho el constituyente de 1968, y para los otros diferentes denominaciones, *como estatutos internos o reglamentos internos.*

1.2.- Respecto de los servidores del Estado el numeral 10 del art. 76 de la Constitución derogada, prevenía que el Congreso expidiera las leyes de la carrera administrativa, así como las regulaciones de los aspectos del servicio público contemplados en los arts. 62 y 132 de la Carta.

Pero, de la misma forma, mediante decretos leyes como el 3135 del 26 de diciembre de 1968, expedido con base en las facultades otorgadas por la ley 65 de 1967, se estableció que *"las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado* ***son trabajadores oficiales;*** *y que "sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de* ***empleados públicos"*** (inc. 2o. art. 5o.); que se ha entendido, la primera parte, como el precepto general y la excepción respectivamente la segunda, ejercida dicha labor de precisión por la Junta o Consejo Directivo del

Ente, a través de los Estatutos que le aprueba luego el Gobierno y en desarrollo de la facultad del literal b) del art. 26 del D.L. 1050 de 1968.

De idéntico modo, el D.L. 2400 de 1968 reguló los servicios del personal civil que presta sus servicios en los empleos de la rama ejecutiva del poder público distinguiéndolos, según el art. 3o., entre los de libre nombramiento y remoción y los de carrera.

2.- A partir de la promulgación de la Carta Política de 1991 el Congreso a través de la atribución del num. 7o. del art. 150 conservó la facultad relacionada con la creación o autorización de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, mediante leyes; pero el constituyente de 1991 no modificó la clasificación de los Entes descentralizados, ni las nociones que les caracterizan existentes desde 1968, tanto que en la Carta política no se avanzó concepto definitorio de ellos como para que se colija que su caracterización todavía compete al legislador más que al constituyente que se limitó a mantener las tres especies de organismos y que de tal forma los criterios legales preexistentes se avienen a la Carta de 1991.

En lo relacionado con los servicios en los Órganos y Entes del Estado, el art. 123 de la Carta vigente dispuso que:

"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios",

y en el art. 125 *ejusdem* se establecería que:

"los empleos en los órganos y entes 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".

Salvo la distinción que pueda hacerse entre **"trabajadores del Estado"** contenida en el art. 123 de la C.N., y la de **"trabajadores oficiales"** prevista en el art. 125 como excepción a la regla general de la carrera, la verdad es que la Carta no los define, como tampoco lo hace con los **"empleados del Estado"** en el art. 123; pero al confrontarlos con el art. 125 *ibídem* comienzan a aflorar sus especies, tales como: los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los empleados en cargos de período constitucional o legal, que se identifican en cuanto no pertenecen a "la carrera", así como los que el Congreso en el futuro exceptúe en ejercicio de la atribución que le otorgó el art. 125 de la C.N., y, naturalmente culmina la enumeración con los empleados de carrera.

3.- El campo es todavía propicio para que el legislador abunde en las definiciones y en las características de unos y otros empleos, pero en el ínterin desde la vigencia de la Carta de 1991 y hasta la expedición de la ley 27 de 1992, la norma que reguló la transición fue la prevista por el propio constituyente en el art. 21 de las disposiciones constitucionales transitorias, de esta guisa:

"Las normas legales que desarrollen los principios consignados en el artículo 125 de la Constitución serán expedidas por el Congreso dentro del año siguiente a su instalación. Si en este plazo el Congreso no las dicta, el Presidente de la República queda facultado para expedirlsa en un término de tres meses.

A partir de la expedición de las normas legales que regulen la carrera, los nominadores de los servidores públicos la aplicarán en un término de seis meses.

El incumplimiento de los términos señalados en el inciso anterior será causal de mala conducta.

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." *(Hemos destacado).*

Al momento de la expedición de los actos cuestionados en este proceso, diciembre de 1991 y febrero de 1992 respectivamente, regía el inciso final del art. 21 de las disposiciones constitucionales transitorias y el art. 125 de los mandatos constitucionales permanentes, como lo indicó el propio constituyente, sería el principio que inspirarían al Congreso y al Ejecutivo dentro de los plazos que se les confirió para su desarrollo, y desde luego en lo venidero para el Congreso.

En ese contexto, para el 10 de diciembre de 1991 momento de adopción del Acuerdo 029 de la Junta del IDEMA y para el 3 de febrero de 1992 fecha del Decreto aprobatorio, las facultades de la Junta Directiva del Ente, conservaron vigor, en virtud del art. 21 constitucional transitorio y, con ellas, como se vio, por previsión del legislador extraordinario de 1968, podía indicar cuáles empleos de dirección o de confianza del IDEMA, se atenderían por empleados públicos de modo excepcional, pues la mayoría de sus servidores son trabajadores oficiales, también por previsión legal que proviene de 1968.

De tal suerte quedó incólume ante la transición institucional la competencia del Ente y del Gobierno nacional para la expedición de los actos impugnados.

No ha demostrado el demandante que esos actos ubicaron las cosas dentro de la nómina del Instituto en forma contraria a lo prevenido por el legislador de 1968, reglas que para el momento de expedición de los actos acusados conservaban vigencia, en el sentido de que todos los empleados del IDEMA en lugar de ser trabajadores oficiales pasaron a ser empleados públicos y, por excepción, algunos de ellos fueron catalogados como trabajadores oficiales; razón para que por este aspecto la demanda no sea viable.

Tampoco ha demostrado el libelista que los empleos de la lista prevista en el inciso 2o. del art. 30 de los estatutos que modificaron los actos acusados, no sean de dirección o de confianza calificada, que es la esencia de la regla prevista en el inciso 2o. del art. 5o. del D.L. 3135 de 1968.

Ni resiste análisis el argumento de la incompetencia del Gobierno para aprobar el Acuerdo de la Junta porque es precisamente lo que al punto dispone el literal b) del art. 26 del D.L. 1050 de 1968.

Luego, procede concluir que por tales aspectos constitucionales y legales los cargos no prosperan, porque se respetaron tanto la regla como la excepción legal prevista para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, según las cuales los servidores de ellas en su mayoría son trabajadores oficiales y unos pocos, empleados públicos; y entre los últimos unos de carrera y otros de libre nombramiento y remoción.

4.- Aunque el demandante no lo haya propuesto, por tratarse de una demanda contencioso de nulidad objetiva, como es la del art. 84 del C.C.A., y como el Congreso ha cumplido con el cometido impuesto por el art. 21 transitorio de las disposiciones constitucionales al expedir la ley 27 de 1992 para desarrollar el artículo 125 de la Constitución Política y normas sobre la administración de personal al servicio del Estado, la Sala se pronunciará respecto de la eventual nulidad sobreviviente de los actos dubitados.

La ley 27 del 23 de diciembre de 1992, en su artículo 2o. al delimitar la cobertura del sistema de carrera, dispuso que en los entes descentralizados son aplicables las normas contenidas en los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968, la ley 13 de 1984 y la ley 61 de 1987, para la administración de su personal.

De análoga forma el art. 4o. *ejusdem* repitió el principio constitucional contenido en el art. 125 Superior, en el sentido de que todos los empleos en los organismos y entidades a que se refiere la ley 27 de 1992 son de carrera, salvo las excepciones que allí enumera, para el nivel nacional y para el nivel territorial.

En cuanto al primero concierne, aplicable para el caso de autos, corresponden a la excepción mencionada los empleos de elección popular, los de período fijo conforme a la Constitución y a la ley, los de libre nombramiento y remoción determinados en la ley 61 de 1987, en los sistemas específicos de administración de personal y en los estatutos de las carreras especiales.

El art. 1o. de la citada ley señaló que los **empleados públicos** son de libre nombramiento y remoción, es decir, que no pertenecen a la carrera administrativa en las empresas industriales y comerciales del Estado, de conformidad con su literal i).

Los dichos **empleados públicos** se precisan tanto por el estatuto conocido como básico, de conformidad con el num. 7 del art. 150 de la C.N., como por los acuerdos de las Juntas Directivas de las Empresas aprobados por el Gobierno, de consumo con el lit. b) del art. 26 del D.L. 1050 de 1968 y el inc. 2o. del art. 5o. del D.L. 3135 de 1968, que ha indicado como criterio para fijarlos, el de la dirección y la confianza cualificada.

Ha de repetir la Sala que no se demostró en el proceso que, los destinos públicos enumerados por el inciso 2o. del art. 30 de los Estatutos del Idema reformados por los actos administrativos dubitados, no correspondan a labores de dirección o a aquellas en

las cuales es determinante el factor de la confianza calificada, como para decir que hubo desconocimiento de norma Superior.

La Corte Constitucional en sentencia C-195 del 21 de abril de 1994 se ocupó de la demanda presentada contra el art. 1o. de la ley 61 de 1987 y declaró la exequibilidad del literal i) del art. 1o. de la ley, **"bajo la condición de que tales empleos no correspondan por su naturaleza al sistema de carrera y que se refieran a los niveles directivos o de confianza".**

O lo que es igual, que en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado los empleos públicos, que deben ser la minoría de ellos para que respondan a su naturaleza exceptiva, en sus niveles directivos o de confianza se desempeñan por personas que no pertenecen al sistema de carrera, es decir, por servidores de libre nombramiento y remoción, trátese de empleados públicos, en la terminología precedente a la Carta Política de 1991, o de empleados del Estado, en voces del art. 123 de la actual Norma Superior.

Análogamente, de consumo con la sentencia de la Corte Constitucional no todos los empleos públicos en dichos Entes Públicos son de libre nombramiento y remoción, y por ende pertenecen a la carrera administrativa, como regla general, si se trata de aquellos destinos que no son directivos ni encierran labores de específica confianza.

Debe decirse que en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, aunque son entes descentralizados, no todos los servidores pertenecen a la carrera administrativa como quiera que la generalidad de sus servidores son **trabajadores oficiales,** y los trabajadores de ese carácter se hallan excluidos de la carrera por mandato constitucional, conforme al art. 125 de la Norma Superior, la cual mal podría haberse lesionado con los actos acusados.

Yerra el demandante cuando deduce para los trabajadores oficiales los beneficios de relativa estabilidad que a los empleados de carrera concede la Carta Política en su art. 125, porque no es cierto que ese tenor o el art. 21 transitorio les haya reconocido dicho amparo, pues al contrario excluyó de la carrera a los trabajadores oficiales, situación constitucional que no les confiere derechos que tuviera que respetar la Junta Directiva del Ente demandado cuando el 10 de diciembre de 1991 adoptó el acuerdo 029, los que tampoco lesionó el Gobierno al aprobar la reforma en 1992 aun antes de la vigencia de la ley 27 de 1992, porque legislativamente se ha previsto que en esa nómina concurran ciertos destinos públicos que no se atiendan mediante la relación propia de los trabajadores oficiales y empleados públicos o estatales, estos últimos precisados por la Junta o Consejo Directivo, mediante actos como el impugnado, siempre que correspondan a labores de dirección o de confianza calificada y con la subsiguiente aprobación del Gobierno.

No resulta contraria a la previsión constitucional que el Gerente General de la Entidad sea un agente del Presidente de la República, de su libre nombramiento y

remoción, porque ella resulta consonante con el num. 13 del art. 189 de la Carta Política de 1991.

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

FALLA:

Deniéganse las súplicas de la demanda presentada por JORGE PINILLA COGOLLO contra el Acuerdo 029 del 10 de diciembre de 1991 de la Junta Directiva del IDEMA y el Decreto 207 del 3 de febrero de 1992 aprobatorios de una reforma de los Estatutos del Instituto de Mercadeo Agropecuario "IDEMA".

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y publíquese en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en su sesión del dia 24 de agosto de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Presidente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

DAS/RÉGIMEN ESPECIAL DE CARRERA/DETECTIVE/EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN-Inexistencia/**FACULTAD DISCRECIONAL**-Límites/**DERECHO A LA ESTABILIDAD**

El hecho de la inscripción de la carrera, Régimen Especial de conformidad con los artículos 1o., 2o., 46 y 47 del Decreto 2147 de 1989, preceptos en los que se define el mismo objeto y tiene como objeto el de asegurar el profesionalismo, la estabilidad y las posibilidades de ascenso de los detectives, le creo una situación individual y concreta al demandante al situarlo en el régimen de garantías especiales acorde con la Constitución y con la Ley, sin que se pueda afirmar que era empleo de libre nombramiento y remoción. La carrera limita en forma específica la discrecionalidad de que gozan los nominadores y refuerzan las garantías de estabilidad en favor de los empleados escalafonados en ella.

RÉGIMEN ESPECIAL DE CARRERA/RETIRO-Causales/**CALIFICACIÓN DE SERVICIOS**-Deficiente/**RETIRO POR CONVENIENCIA/INSUBSISTENCIA**-Motivación/**INFORME DE INTELIGENCIA**

La insubsistencia del nombramiento de los detectives solamente procede bajo dos circunstancias: una, que hayan tenido dentro del mismo año y en el lapso superior a un mes, dos calificaciones deficientes de servicio; la segunda, cuando el jefe del departamento considere que conviene su retiro. En ese orden de ideas, la Sala considera que un recto entendimiento de la norma y la protección al sistema de carrera, exigen que se motiven el acto de insubsistencia, esto es, que en la parte motiva de la providencia respectiva

se consignen las razones de conveniencia que justifiquen la desvinculación del empleado.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., diecisiete (17) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 8557. Autoridades Nacionales. Actor: Óscar Hernando Franco Agudelo.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el 20 de mayo de 1993, mediante la cual negó las súplicas de la demanda incoada por Óscar Hernando Franco Agudelo contra la Nación, Departamento Administrativo de Seguridad "DAS".

LA DEMANDA

Pretende la nulidad de la Resolución No. J.3017 del 15 de agosto de 1991, mediante la cual, el Director General del Departamento Administrativo de Seguridad "DAS", declaró insubsistente su nombramiento del cargo de Detective Agente Grado 05 de la Planta Operativa, asignada a la seccional de Antioquia.

Como consecuencia de la nulidad solicita el reintegro al cargo, el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir y declarar la no solución de continuidad en los servicios prestados.

Los hechos en que se fundamenta su demanda se sintetizan así:

1. El actor ingresó al servicio público como detective agente grado 05 del Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S" inicio sus labores en la ciudad de Bogotá, y posterior mente fue trasladado a la ciudad de Medellín, durante su permanencia ejerció el cargo con honradez, disciplina y responsabilidad.

2. Por reunir los requisitos legales exigidos en los decretos 1932 y 2147 de 1989, el jefe de departamento administrativo de seguridad profirió la Resolución No. 2134 del 5 de julio de 1990, mediante la cual lo inscribió en el régimen especial de carrera del D.A.S.

3. El 16 de agosto de 1991, se le comunicó que había sido declarado insubsistente mediante la resolución No. 3017 del mismo mes y año.

4. El nominador no agotó en forma lega al el procedimiento obligado para proceder a la declaratoria de insubsistencia, pues no activó el acto acusado como lo ordena el artículo 35 del decreto 2146 de 1989.

5. Señala como violados los artículos 46, 47, y 66 del Decreto No. 2147 de 1989 del decreto 2146 de 1989, 36 del C.C.A. y 25 de la Constitución Nacional, en razón a

que el empleado pertenecía al régimen especial de carrera lo cual le aseguraba la permanencia y estabilidad en el cargo y además el artículo 35 del Decreto No. 2146, expresa que los empleados del Departamento sometidos al Régimen Ordinario o especial de carrera se podían declarar insubsistente, en forma motivada, por las causas mediante el procedimiento señalado en las disposiciones de la materia.

6. El D.A.S. contestó la demanda y se opone a la prosperidad de la misma al considerar que si bien es cierto que el demandante se hallaba inscrito en régimen especial de carrera, también lo es el nominador en ejercicio de la facultad discrecional podía declarar la insubsistencia cuando considere que convenía a la institución el retiro del empleado.

LA SENTENCIA

El *a-quo,* negó las peticiones de la demanda al considerar que el D.A.S. de acuerdo a los decretos No. 2146 y 2147 de 1989 los empleados pueden ser de libre nombramiento y remoción, empleados de carrera administrativa ordinaria y empleados de carrera administrativa especial, como es el caso de los detectives de ese organismo.

De la naturaleza del organismo, acorde con sus funciones que son fundamentales de inteligencia, el legislador al expedir para sus empleados un régimen de carrera que consultara la tarea que desarrolla, régimen este que bien puede tener puntos comunes con el vigente para la gran mayoría de los empleados del Estado, –decreto No. 2400 de 1968 y 3074 de 1968–, exigía en ciertos aspectos un tratamiento diferente. Por esta razón el decreto No. 2146 de 1989, artículo 1o. prevé que el régimen de administración del personal del DAS, sea el contenido en el decreto y en lo que no resulte contrario, se aplicaran los referidos decretos generales, las normas que lo contemplan y adicionan.

Con este criterio, el legislador distinguió en el D.A.S., entre el empleado del Régimen Ordinario de Carrera y de Régimen Especial de Carrera, adscribiendo a este ultimo a las personas que desempeñen cargos de detectives.

De lo anterior concluye que en el caso de los empleados de Carrera Especial, el derecho a la estabilidad o permanencia en el cargo tienen tratamiento distinto al de aquellos servidores que pertenecen a la carrera ordinaria del D.A.S. o a la Carrera Administrativa General si así quiere llamarse.

En consecuencia si se confrontaran los artículos 33 y siguientes del Decreto No. 2146 y el 66 del Decreto No. 2147 ambos de 1989, se llega a la conclusión de que efectivamente el Director del Departamento puede declarar insubsistente al empleado de carrera especial cuando aquel "en ejercicio de facultad direccional considere que conviene al Departamento el retiro del funcionario" sin el acto respectivo tenga que motivarse, porque en eso consiste precisamente el ejercicio de la facultad discrecional de libre nombramiento y remoción y porque un estudio sistemático de los Decretos referidos, permite afirmar que las causas de retiro de los empleados de Carrera, tanto ordinaria como especial puede

hacerse a través de los mecánicos ordinarios propios del Régimen de la función o a través de la insubsistencia, sin necesidad de motivación como lo consagra el artículo 66, literal b) del Decreto 2147 en concordancia con el artículo 34 del Decreto No. 2146, que es claro al afirmar que ese tipo de insubsistencia no requiere motivación.

EL RECURSO

La parte actora interpuso el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que el tribunal nada dice sobre cuál sería el tratamiento diferente que debía dárseles a los empleados que pertenecen al régimen de carrera impuesto por la ley, en razón a que el legislador distinguió en el D.A.S. a los empleados del Régimen Ordinario de Carrera y Régimen Especial de Carrera.

El fallo es contradictorio al decir el Tribunal que los empleados inscritos en carrera especial, en cuanto a su derecho de estabilidad tienen un tratamiento diferente a aquellos que pertenecen a la carrera ordinaria y luego afirma que las causas de retiro de empleados de carrera, tanto el Régimen Ordinario como Especial, puede hacerse a través de los mecanismos como es la insubsistencia, afirma además que si se quería retirar del servicio al empleado se debió motivar el acto.

CONCEPTO FISCAL

La Fiscalía 5ª. Delegada ante esta Corporación considera que el fallo debe ser revocado en razón a que entre los objetivos de la carrera administrativa, está el de la estabilidad en el empleo para aquellos servidores que cumplan con honestidad, lealtad y eficiencia sus funciones. Observa que el artículo 21 del Decreto 2146 de 1989 concordante con el artículo 47 del decreto No. 2147 del mismo año preceptúa que el Régimen Especial de carrera tiene por objeto asegurar el profesionalismo, estabilidad y posibilidad de ascenso de los empleados inscritos en carrera especial.

Si el nominador hizo uso de la facultad discrecional consagrada en el artículo 66 del decreto No. 2147 de 1989 esta facultad debió ejercerse en concordancia con el artículo 35 del decreto No. 2146 del mismo año, en el cual se precisa que el nombramiento de los empleados del departamento sometidos al Régimen Ordinario Especial de Carrera se podrá declarar insubsistente en forma motivada por las causas y mediante el procedimiento señalado en las disposiciones especiales sobre la materia.

En consecuencia, es requisito fundamental para poder declarar la insubsistencia del nombramiento de los empleados de carrera, motivar el respectivo acto, lo que no aconteció en el asunto *sub-judice,* por lo cual existió quebrantamiento de las normas citadas y se debe acceder a las súplicas de la demanda.

CONSIDERACIONES:

La Constitución Nacional en su artículo 125 determina que los empleados en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los

de libre nombramiento y remoción, los trabajadores oficiales y los demás que determine la Ley.

El mismo precepto constitucional afirma que el ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se hará previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño; por violación del Régimen Disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución y la Ley.

En caso *sub-lite*, el actor ingresó al "D.A.S." el 16 de octubre de 1984 en el cargo de Detective y por resolución No. 2134 de 5 de junio de 1990, fue inscrito en el Régimen Especial de Carrera del Departamento Administrativo de Seguridad, en el cargo de Detective Agente Grado 05 (folio 190).

El hecho de la inscripción en la carrera, Régimen Especial de conformidad con los artículos 1°, 2°, 46 y 47 del decreto No. 2147 de 1989, precepto en los que se define el mismo y tiene como objeto el de asegurar el profesionalismo, la estabilidad y las posibilidades de ascenso de los detectives, le creó una situación individual y concreta al demandante al situarlo en el régimen de garantías especiales acorde con la Constitución y la Ley, sin que se pueda afirmar que era empleado de libre nombramiento y remoción.

No se puede concluir de manera general que la persona inscrita en la carrera administrativa del D.A.S. Pueda ser remitida haciendo uso de la facultad discrecional, que en forma general ha otorgado la Ley a los nominadores, en consideración a que las garantías especiales que informa la carrera son precisamente las de determinar en forma regulada y precisa las causales de acenso y retiro de estos Servidores Públicos que gozan de las Seguridades y beneficios de la misma, por consiguiente, la carrera limita en forma específica la discrecionalidad de qué gozan los nominadores y refuerzan las garantías de estabilidad en forma de los empleados escalafonados en ella.

El artículo 66 de decreto 2147 de 1989, que trata de las causales de retiro de los funcionarios inscritos en el Régimen Especial de Carrera señala que la insubsistencia del nombramiento de los detectives solamente procede bajo dos circunstancias: una, que hayan tenido dentro del mismo año y en un lapso superior a un mes, dos calificaciones deficientes de servicio; y la segunda, cuando el jefe del Departamento considere que conviene su retiro. En ese orden de ideas, la Sala considera que un recto entendimiento de la norma y la protección al sistema de carrera, exigen que se motive el acto de insubsistencia, esto es, que en la parte motiva de la providencia respectiva se consignen las razones de conveniencia que justifiquen la desvinculación del empleado.

La Sala comparte el criterio expresado por la colaboradora fiscal 5° de la Corporación, quien después de transcribir el artículo 66 del Decreto 2147, afirma que puede observarse de la simple lectura de las normas transcritas, que para poder declarar insubsistente el nombramiento de los empleados de Régimen Ordinario de Carrera, como de Régimen

Especial, que era el caso del demandante, es requisito fundamental motivar el respectivo acto, lo que no aconteció en el asunto *sub-judice*, toda vez que el nominador, confundiendo la facultad discrecional conferida en la ley para remover a los empleados no amparados por fuero, con la facultad presentada, desvinculó sin motivación alguna al demandante, que, como se vio estaba inscrito en la carrera.

De lo anterior es lógico inferir que la resolución impugnada fue expedida con quebrantamiento de los artículos analizados que regulan en el D.A.S. la carrera, la estabilidad y la permanencia del empleado, lo cual amerita que las súplicas impetradas en la demanda inicial deban ser despachadas favorablemente como efectivamente se hará al revocar la sentencia recurrida.

Sin embargo, también estima la Sala necesario aclarar que cuando se trate de la situación prevista en el literal d) del artículo 44 del mismo decreto 2147, o sea que no convenga la permanencia de la figura que el jefe del organismo puede limitarse a enunciar en la parte motiva del acto de remoción esa circunstancia, pero sin que tenga que reproducir allí en extenso esos motivos o razones, pues esto atentaría, precisamente, contra la seguridad que se busca preservar.

Naturalmente, el informe reservado de la Dirección General de Inteligencia y la evaluación previa de la Comisión de Personal a los que se refiere dicho literal, deben quedar debidamente elaborados y cumplirse, pues que son los documentos que posteriormente servirán de respaldo a la decisión administrativa correspondiente. Es decir, que en los mismos donde constarán, explícitamente, las razones y motivos que justifican el retiro del funcionario.

Es procedente advertir que el Consejero Ponente no comparte la tesis mayoritaria de la Sala, en cuanto a la orden de que de las condenas se descuenten las sumas que haya recibido el demandante del Tesoro Público por servicios laborales a otras entidades oficiales en el lapso al cual se refieren las mismas, porque considera que aquéllas tienen el carácter de indemnización por los perjuicios que genera la ilegalidad del acto y no el de una segunda asignación los términos de los artículo 64 de la Carta de 1886 y 28 de la Constitución actual; empero, por respecto a esa mayoría la incluirá en la parte resolutiva sin salvar voto sobre el particular y únicamente con este acápite aclaratorio.

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 del 20 de mayo de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el proceso promovido por Óscar Hernando Franco Agudelo y en su lugar se dispone:

2° Declárese la nulidad de la Resolución No. J.3017 del 15 de agosto de 1991 proferida por el Director General de Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S." por la cual declaró insubsistente el nombramiento de Óscar Hernando Franco Agudelo del cargo de Detective Agente Grado 5° de la planta Operativa asignada a la Sección de Antioquia en Medellín.

A título de restablecimiento del derecho, el Departamento Administrativo de Seguridad "D.A.S." reintegrará al señor Óscar Hernando Franco Agudelo al cargo de Detective Agente Grado 05 de la Planta Operativa asignada a la Sección de Antioquia en Medellín o a otro de igual o superior jerarquía y se reconocerá la fecha de retiro del servicio, hasta el día que se efectúe el reintegro. Si el actor hubiere percibido asignaciones del Tesoro Público o de Instituciones, en que tuviere parte mayoritaria el Estado, el "D.A.S", hará el descuento correspondiente a fin de respetar la prohibición contenida en el artículo 128 de la Constitución Nacional.

Para efectos de prestaciones sociales se entenderá como efectivamente laborado el tiempo transcurrido entre la declaratoria de insubsistencia y el reintegro al cargo.

3° Se dará cumplimiento a esta sentencia en el término establecido en el artículo 176 del C.C.A., y observando lo previsto en el inciso final del artículo 177 *ibídem.*

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y publíquese en los Anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

El anterior proyecto fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 13 de julio de 1995.

CARLOS A. ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN/PRESTACIONES MÉDICAS/SERVICIOS MÉDICOS/URGENCIA EN SALUD-Aviso/**REGLAMENTO INTERNO-**Requisitos/**ATENCIÓN MÉDICA PARTICULAR/GASTOS-**Reembolso

Como el actor canceló de su propio peculio los costos que demandaron la prestación médico-asistencial recibida en el Hospital Militar Central, en desarrollo de la asistencia médica a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, esta entidad está obligada legalmente a reconocerle y desembolsarle la suma de dinero cancelada. Esta disposición tiene razón de ser en todos aquellos casos en los cuales se practica atención médica o quirúrgica de urgencia en entidades no contratadas por la Caja Nacional de Previsión Social, como así lo establece el artículo 69 de la Resolución 2640 de 1984; es decir, se trata de una atención médica no autorizada previamente por la administración, por cuanto la afección ocurre en forma súbita, grave e imprevisible y por las circunstancias en que se produce no es posible su conocimiento por parte de la entidad obligada. Es por ello que se exige un aviso oportuno del hecho. Ahora bien, si la remisión del demandante a Bogotá no se cumplio con el lleno de los requisitos establecidos por los reglamentos internos de la entidad demandada, esta circunstancia imputable a la propia administración no puede afectar negativamente al administrado, quien se limitó a obedecer una orden emanada del médico responsable del servicio en la ciudad de Cúcuta, originada en la falta de disponibilidad de recursos médicos y hospitalarios.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D.C. agosto diez y siete (17) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejera Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 8835. Autoridades Nacionales. Apelación sentencia. Actor: Pedro Antonio Duarte Contreras.

Procede la Sala a resolver sobre el recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada, contra la sentencia de mayo 21 de 1993 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C., en el proceso promovido por PEDRO ANTONIO DUARTE CONTRERAS contra la Caja Nacional de Previsión.

ANTECEDENTES

1. El accionante obrando legalmente en su propio nombre, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de las Resoluciones No. 4318 de octubre 20 de 1988 y No. 1685 de abril 24 de 1989, proferidas por el ente demandado, mediante las cuales se le negó el pago o reembolso de $1.631.050.18 m/c., dinero con el cual cubrió los servicios médicos, hospitalarios y además gastos al Hospital Militar Central de Bogotá. Como consecuencia de lo anterior, solicitó se ordene el pago o reembolso de dicha suma, con los intereses moratorios contados a partir de marzo 10 de 1988, fecha en la cual efectuó el pago al citado hospital; se le indemnice los perjuicios que le fueron causados por la entidad con su conducta negligente, morosa y dilatoria; se condene en costas a la demandada y se le ordene dar cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 176 del C.C.A. ajustándola al artículo 178 *ibídem.*

2. El *a-quo* declaró la nulidad de los actos acusados, ordenó el pago de la suma de dinero reclamada, ajustada en su valor de conformidad con el artículo 178 del C.C.A y ordenó que la suma ajustada devengará intereses comerciales durante los primeros seis meses de ejecutoria del fallo y moratorios después de ese término; negó las demás súplicas de la demanda.

Consideró el Tribunal que se encuentra demostrada la falsa motivación en que incurrió la entidad demandada al producir los actos acusados. Que se probó que el accionante requirió una intervención médica oportuna en un centro especializado como lo es el Hospital Militar Central de Bogotá, debido a su estado de gravedad; que, si bien se omitió dar aviso a la entidad demandada dentro de las 72 horas siguientes, como lo establecen los reglamentos de la entidad, este solo hecho no implica que la administración se libere del reembolso de los dineros sufragados por el actor ya que se encontraba obligada por tratarse de un pensionado a su cargo. Dijo que no hay lugar a acceder a la indemnización de perjuicios solicitados por cuanto no se demostró su ocurrencia, ni tampoco procede la condena en costas a la entidad.

3. El actor expresa su inconformidad con el anterior fallo con las siguientes alegaciones:

Se ha demostrado plenamente la mora y la dilación de la entidad demandada al no reembolsar la suma sufragada por el actor, con lo cual le ha ocasionado perjuicios morales y pecuniarios. De tal manera que se debe indemnizar dichos perjuicios accediendo al pago de intereses remuneratorios que equivalen al lucro cesante; caso contrario el actor sufriría un perjuicio en su patrimonio y se presentaría un enriquecimiento sin causa en beneficio de la demandada; como el *a-quo* se abstuvo de designar perito para la estimación de los perjuicios, pide se dé aplicación al artículo 1617, numeral 2o. del C.C.

4. La entidad demandada manifiesta su inconformidad con la sentencia apelada en los términos siguientes:

En primer lugar, se ha demostrado que el actor no acudió a la entidad demandada para que le prestara el servicio de urgencia que requería y que estaba en capacidad de prestar, porque contaba con todos los medios médicos-científicos para brindar ese tipo de tratamiento. Y en segundo lugar, la señora Martha Duarte de Bucheim, hija del censor, informó a la entidad 28 días después de haberse ocasionado la urgencia; en su carta no aparece la fecha ni la hora en que se produjo este hecho. En consecuencia, se infringió la Resolución No. 2640 de 1984, emanada de la entidad, que ordena que se debe dar aviso oportuno dentro de las 72 horas de la ocurrencia de la urgencia para que se pueda reconocer el pago de la atención médica. Los decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, artículos 17 y 98 respectivamente, prescriben que las resoluciones administrativas internas obligan a los afiliados a someterse a las normas de la entidad. Solicita se revoque el fallo protestado.

5. La Señora Procuradora Quinta Delegada ante esta Corporación estimó que: Se ha demostrado que el demandante ingresó al Hospital Militar Central de esta ciudad en estado de urgencia médica el 22 de febrero de 1988 y que fue dada de alta el 9 o 10 de marzo del mismo año; se demostró igualmente que el 4 de marzo del citado año su hija puso en conocimiento de la entidad el suceso. Si bien el artículo 33 de la Resolución 2640 de 1984 que constituye reglamento interno de la institución demandada ordena que se debe dar aviso dentro de las primeras 72 horas, no precisa a partir de cuándo deben contarse, si desde la fecha de ingreso al hospital o desde su egreso, de tal manera que no es procedente la argumentación que opone la demandada. Considera que desde ese punto de vista se cumplieron plenamente las exigencias requeridas para que proceda el reconocimiento y pago de lo reclamado por el actor. Respecto al pago de intereses remuneratorios reclamados por el libelista invoca un fallo de esta Sección en donde se ordenó en un caso similar el ajuste al valor en los términos del artículo 178 del C.C.A.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

La inconformidad de la administración radica en que en el fallo apelado no se tuvieron en cuenta los siguientes hechos: 1) Que el actor no acudió al servicio de urgencia de la

entidad y que ésta se encontraba en capacidad de brindar el tratamiento requerido. 2) Que el aviso a la administración se produjo fuera del término que señala el reglamento.

Al respecto consta en el plenario lo siguiente:

a) El actor en su condición de pensionado de la Caja Nacional de Previsión Social (fls. 5 a 7, c. ppal.), fue hospitalizado en la Clínica Santa Ana de Cúcuta del 11 al 15 de febrero de 1988 "y posteriormente por urgencias del 19 al 20 del mismo mes" (fl. 42). Tanto el tratamiento como los honorarios médicos fueron cancelados por la entidad demandada (fl. 41).

Según constancia del Coordinador Médico de la Caja Nacional de Previsión, Seccional Norte de Santander, el accionante recibió tratamiento médico por parte del doctor EUSTORGIO COLMENARES, con diagnóstico "angina inestable y preinfarto cardíaco". (fl. 47).

c) En declaración rendida en el proceso, el médico JOSÉ EUSTORGIO COLMENARES OSSA manifestó que él fue quien ordenó la hospitalización del accionante en la Clínica Santa Ana de Cúcuta y que debido a que ya había tenido un "infarto del miocardio" consideró que se trataba de una "nagina preinfarto", por lo cual decidió remitirlo al doctor ORLANDO CORZO en Bogotá, quien ya conocía el caso por haber estado en Cúcuta dictando unas conferencias. Dicha remisión se produjo el 20 de febrero de 1988 y agrega: "día que mal no recuerdo era domingo y no había trámite administrativo en la Caja Nacional" (fls. 119 y 120).

d) El médico ANTONIO ORLANDO CORZO GUEVARA declaró que en efecto encontrándose accidentalmente en Cúcuta conoció el caso del accionante quien padecía una "angina inestable", por lo cual recomendó que con carácter urgente fuera trasladado a Bogotá a un centro altamente especializado para unos exámenes que en la ciudad de Cúcuta no se podían hacer. Dice que dicha recomendación efectivamente se acató porque el paciente le fue remitido y él orden hospitalizarlo de urgencia en el Hospital Militar. Agregó que la remisión la hizo el doctor EUSTORGIO COLMENARES con carácter urgente (fls. 130 y 131).

e) El médico JOSÉ GILBERTO CLAVIJO CONTRERAS, Jefe del Servicio de Cirugía Cardiovascular del Hospital Militar Central de esta ciudad y el médico PABLO ANTONIO GUERRA LEÓN, especialista cardiovascular, quienes practicaron la cirugía al demandante, coinciden en la urgencia quirúrgica que presentaba el actor, conclusión a la que se llegó previa una "junta de decisiones" por tratarse de una entidad del Estado. El doctor GUERRA LEÓN señaló que de haberse trasladado al actor a la entidad demandada para la práctica de la cirugía, se corría un riesgo muy alto porque podría presentarse un infarto (fls. 28, 132 a 135).

f) En marzo 4 de 1988 la hija del actor MARTHA DUARTE DE BUCHEIM informó a la entidad demandada sobre la hospitalización de urgencia de su padre y la intervención quirúrgica practicada (fl. 25).

g) El actor canceló por los servicios médicos y quirúrgicos recibidos la suma de $1.631.051.18 al Hospital Militar Central de esta ciudad (fl. 1 y 27). En escrito de abril 29 de 1988 el citado censor solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de dicha suma de dinero (fls. 20 a 22).

h) Mediante Resolución No. 4318 de octubre 20 de 1988 emanada del Director General de la Caja Nacional de Previsión Social, que constituye uno de los actos demandados, se negó el reconocimiento y pago de la citada suma. Sostuvo la entidad que el afiliado no dio cumplimiento a los reglamentos internos que regulan la prestación de esa clase de servicios: la no comprobación de que el caso era urgente y la falta de aviso a la administración dentro del término reglamentario (fls. 8 a 11).

i) Mediante Resolución No. 1685 de abril 24 de 1989 el mismo funcionario resolvió el recurso de reposición contra el anterior acto y lo confirmó en su integridad (fls. 14 a 18).

2. Con base en lo anterior la Sala llega a las siguientes conclusiones:

Está probado que el demandante por ser afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, en su condición de pensionado, tenía derecho a las prestaciones médico-asistenciales que proporciona dicha entidad y que se encuentran reglamentadas mediante Resolución 2640 de 1984, emanada de la dirección general del citado ente.

Está probado que el actor fue hospitalizado con el carácter de urgencia en la Clínica Santa Ana de Cúcuta a cargo de la entidad demandada. Como su estado de salud empeoró y en dicho hospital no se podía suministrar un tratamiento especializado, el médico tratante ordenó su remisión en forma directa y urgente al doctor Orlando Corzo en la ciudad de Bogotá, quien ordenó a su vez su hospitalización en el Hospital Militar Central en donde fue intervenido quirúrgicamente.

En consecuencia, el censor ha demostrado plenamente que padeció una urgencia médica y quirúrgica, que se encuadra dentro de la prescripción del artículo 118 de la Resolución 6058 de 1987, emanada de la Dirección General de la Caja y que es citada y transcrita en la Resolución 4318 de 1988, demandada (fl. 9, c. ppal.), así:

> "**Defínase como urgencias, las afecciones súbitas, graves e imprevisibles que requieren atención médica en forma inmediata.** Bajo esta definición la Caja considerará el reconocimiento del pago o del reembolso a que haya lugar de las urgencias que se atiendan por fuera de los propios contratos, únicamente en las siguientes circunstancias:
>
> (...)
>
> b) Afección médico o quirúrgica súbita, grave e imprevisible, **para quien haya solicitado los servicios médicos en los servicios propios o contratados de la Caja y éstos no hayan tenido disponibilidad de recurso médico u hospitalario en forma oportuna.** Esta causal debe ser certificada por el Coordinador o el Director del Centro Hospitalario o, en su defecto, por el médico responsable del servicio". (Destaca y subraya la Sala).

Como el actor canceló de su propio peculio los costos que demandaron la prestación médico-asistencial recibida en el Hospital Central Militar, en desarrollo de la asistencia médica a cargo de la Caja Nacional de Previsión Social, esta entidad está obligada legalmente a reconocerle y reembolsarle la suma de dinero cancelada.

La Sala no considera argumento válido para que la administración se libere de dicha obligación, el que el accionante no acudió al servicio de urgencias de la entidad en Bogotá, y que la Caja estaba en capacidad de brindarle el tratamiento requerido, por cuanto fue el propio médico responsable del servicio quien ordenó remitirlo directamente al doctor Orlando Corzo quien lo internó en el Hospital Militar Central. De tal manera que el actor no obró "motu propio", sino que acató una decisión tomada por el facultativo que actuaba a nombre de la entidad demandada y que estaba dirigida a salvarle la vida.

Por otra parte, la entidad demandada alega que el accionante infringió el literal a) del artículo 33 de la Resolución 2640 de 1984, transcrita en la Resolución 4318 demandada, así (fl. 9 c. ppal.):

> "La Caja Nacional de Previsión reconocerá el pago de la atención médica de urgencia, previo el cumplimiento de los siguientes requisitos:
>
> a) Aviso oportuno y por escrito del afiliado u otra persona, dentro de las primeras 72 horas a la Subdirección Médica, División de Servicios ambulatorios, o coordinación médica de la seccional o agencia".

Esta disposición tiene razón de ser en todos aquellos casos en los cuales se practica una atención médica o quirúrgica de urgencia en entidades no contratadas por la Caja Nacional de Previsión Social, como así lo establece el artículo 69 de la Resolución 2640 de 1984; es decir, se trata de una atención médica no autorizada previamente por la administración, por cuanto la afección ocurre en forma súbita, grave e imprevisible y por las circunstancias en que se produce no es posible su conocimiento por parte de la entidad obligada. Es por ello que se exige un aviso oportuno del hecho.

No ocurre lo mismo cuando el afiliado a la Caja Nacional de Previsión, como en el caso *sub-judice*, acude directamente a la entidad en orden a recibir asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria, **"por todo el tiempo que sea necesario"**, como sí lo prescribe el artículo 21 de la citada Resolución 2640 de 1984. En casos como éstos el afiliado se encuentra bajo el cuidado y responsabilidad de la mencionada entidad de previsión social, la cual está obligada a combatir el riesgo producido.

Ahora bien, si la remisión del demandante a Bogotá no se cumplió con el lleno de los requisitos establecidos por los reglamentos internos de la entidad demandada, esta circunstancia imputable a la propia administración no puede afectar negativamente al administrado, quien se limitó a obedecer una orden emanada del médico responsable del servicio en la ciudad de Cúcuta, originada en la falta de disponibilidad de recursos médicos y hospitalarios.

En consecuencia, no prosperan los reparos formulados por la entidad demandada.

3. En lo referente a la indemnización por los perjuicios que según el actor le ocasionó la administración con su conducta negligente, morosa y dilatoria, como bien lo estimó el Tribunal no se encuentran legalmente demostrados. Si bien el artículo 1617 numeral 2o. del C.C., invocado en el memorial de apelación prescribe que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, y que en consecuencia basta el hecho del retardo, se observa que en el libelo en ningún momento se pretendía el reconocimiento y pago de sólo intereses como indemnización, sino que ésta se determinaría mediante prueba pericial, la cual no se practicó.

Ahora bien, el *a-quo* en el fallo protestado accedió al ajuste de valor de la suma que se ordenó pagar al censor de conformidad con el artículo 178 del C.C.A., lo que considera la Sala acertado porque con esta decisión se pretende contrarrestar la depreciación de la moneda que desde 1988 hasta la fecha se ha producido; suma adeudada que no ha tenido el beneficio de reajuste automático o regular como ocurre con otras deudas laborales; en consecuencia, sería inequitativo e injusto que siete años más tarde el accionante recibiera un dinero que apenas representa una mínima parte de lo que tuvo que pagar de su propio peculio, por no haber asumido la entidad demandada su obligación legal.

En conclusión, se confirma la sentencia apelada por encontrarse ajustada a derecho.

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

FALLA

CONFÍRMASE la sentencia de mayo veintiuno (21) de mil novecientos noventa y tres (1993) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el proceso promovido por el doctor PEDRO ANTONIO DUARTE CONTRERAS contra la Caja Nacional de Previsión Social, la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del tres (3) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MIRYAM C. VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

INDEBIDA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES-Inexistencia

No comparte la Sala el pronunciamiento del Tribunal en cuanto acepta la prosperidad de la excepción de indebida acumulación de pretensiones; si en la demanda se pide el reconocimiento de perjuicios y ellos no fueran procedentes, lo pertinente sería negar esa pretensión, pero no declarar la existencia de una indebida acumulación de pretensiones. Además si, como en este caso, el funcionario inscrito en carrera pasa a otro cargo por incorporación, no pierde por ese solo hecho sus derechos de escalafonado; y si luego es ilegalmente desvinculado de ese cargo y reincorporado al mismo en obedecimiento a una sentencia que declaró la nulidad del acto de desvinculación, que conlleva a la no solución de continuidad, el empleado que jamás se retiró del servicio, tampoco pierde los derechos que le otorga la carrera; continúa escalafonado y como tal, no puede ser declarado insubsistente sino por resolución motivada y por las causales previstas en la ley.

CARRERA ADMINISTRATIVA/DESVINCULACIÓN-Causales/**CARRERA ADMINISTRATIVA/ESTABILIDAD/INCORPORACIÓN A OTRO CARGO/ ESCALAFÓN ADMINISTRATIVO/INSUBSISTENCIA**-Improcedencia

La desvinculación de la carrera sólo puede operar por alguna de las razones enunciadas en las normas que regulen tal situación. Si no hay cesación definitiva de funciones, el funcionario inscrito en carrera conserva las prerrogativas inherentes a esta aunque cambie la naturaleza del cargo. Las disposiciones que consagran la carrera, la estabilidad y el derecho de ascenso, no pueden ser desconocidas por el solo hecho de que un cargo sea

clasificado como de libre nombramiento y remoción. Vale la pena anotar que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 49 del Decreto 2400 de 1968, según el cual los empleados inscritos en el escalafón que ocupen cargos que se declaren de libre nombramiento y remoción pierden sus derechos dentro de la carrera, por considerar que en esa forma tales derechos legalmente adquiridos quedarían dependiendo totalmente de la voluntad gubernamental. Si, como en este caso, el funcionario inscrito en carrera pasa a otro cargo por incorporación, no pierde por ese solo hecho sus derechos de escalafonado; y si luego es ilegalmente desvinculado de ese cargo y reincorporado al mismo en obedecimiento a una sentencia que declaró la nulidad del acto de desvinculación, que conlleva la no solución de continuidad, el empleado que jamás se retiró del servicio, tampoco pierde los derechos que le otorga la carrera; continúa escalafonado y como tal, no puede ser declarado insubsistente sino por resolución motivada y por las causales previstas en la ley.

REINTEGRO/CAMBIO DE NATURALEZA DE LOS EMPLEOS/CARRERA ADMINISTRATIVA

Se observa que estando vigente el artículo 5o. de la ley 27 de 1992 en el cual se contemplan precisamente las consecuencias del cambio de naturaleza de los empleados, la Administración deberá tener en cuenta esta norma y reintegrar al actor a su empleo de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior al de subdirector de Clínica 35, que era, y sólo en caso de no existir vacantes en tales empleos de carrera en las respectivas plantas de personal, se le reintegrará al mismo o su equivalente.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS-Improcedencia/**PERJUICIOS MORALES/ INSUBSISTENCIA-**Alcances

La petición de indemnización de perjuicios no está llamada a prosperar, por cuanto en este caso la insubsistencia, como se desprende del expediente, no puede equiparse a un hecho que afecta los sentimientos o la honra de las personas, para que se configure el derecho o perjuicios morales; y los materiales se entienden compensados volviendo las cosas al estado anterior, con las consecuencias patrimoniales que ello implica.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D.C., cuatro (4) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Magistrada Ponente: DRA. CLARA FORERO DE CASTRO.

Referencia: Expediente No. 8164. Autoridades nacionales. Actor: Claudio Manotas Pertuz.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de diciembre de 1992 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

ANTECEDENTES

Mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el Doctor Claudio Manotas Pertúz pidió al Tribunal anular la Resolución 4490 de 1o. de septiembre de 1989, por medio de la cual el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social declaró insubsistente su nombramiento como Subdirector General, Código 0040, Grado 02 de la entidad.

Como consecuencia de tal nulidad solicitó el restablecimiento de su derecho consistente en el reintegro al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o superior categoría, el pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir, sin solución de continuidad y el pago de los perjuicios causados.

EL FALLO APELADO

El Tribunal declaró probada la excepción parcial de indebida acumulación de pretensiones y denegó las súplicas de la demanda.

En cuanto a la excepción de indebida acumulación de pretensiones consideró que estaba llamada a prosperar por cuanto la indemnización por perjuicios es ajena a las acciones de nulidad y restablecimiento de carácter laboral ya que en estos casos cuando se accede a lo pedido en la demanda se ordena el reconocimiento de los salarios y prestaciones dejados de percibir, con los respectivos aumentos legales, constituyendo ello la indemnización.

En cuanto al fondo del asunto expresó que si bien el actor se encontraba inscrito en carrera administrativa desde 1975, al momento en que fue declarado insubsistente, el cargo que ocupaba era de libre nombramiento y remoción al tenor de lo establecido por la ley 61 de 1987.

Agregó que el cargo de Subdirector fue aceptado por el actor libremente, y no obra prueba acerca de la comisión que se le concediera; precisa que a él fue vinculado en cumplimiento de una sentencia del Consejo de Estado que ordenó su reintegro.

Que, sin lugar a dudas, el cargo que ocupaba el actor era de libre nombramiento y por ello el Departamento Administrativo del Servicio Civil le negó su actualización en el escalafón.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

Manifiesta el recurrente que no existe indebida acumulación de pretensiones como erradamente lo decidió el Tribunal, porque ninguna norma prohíbe la indemnización en

acciones de carácter laboral y además esta pretensión no es antagónica con las principales; expresa que en últimas, lo lógico es que no se acceda a tal petición.

Critica la sentencia en cuanto considera que le desconoce un derecho de carácter particular y concreto, como era su inscripción en la carrera administrativa, que no podía considerarse modificado por una norma posterior.

Afirma que la sentencia apelada otorga efectos retroactivos a la Ley, lo cual está prohibido por nuestra normatividad laboral. Insiste en que se encontraba inscrito en la carrera administrativa y continuó siendo titular de tal derecho como lo expresó el D.A.S.C., pues la sentencia proferida en su favor conllevó su reintegro sin solución de continuidad. En consecuencia, estando inscrito en carrera administrativa no podía ser desvinculado si cumplía con sus obligaciones, como lo hizo hasta el momento de su retiro.

Expresa por último que los fundamentos de la sentencia relativos a la respuesta del D.A.S.C., a la desatención por su parte de las instrucciones dadas con respecto a su actualización en la carrera, a que no se allegó copia de la sentencia del Consejo de Estado, están fuera del contexto en el cual se debate este proceso que se centra en el hecho de pertenecer a la carrera administrativa y no en otro tipo de argumentos.

Afirma que extraña, en cambio, que se pasen por alto situaciones como la respuesta tardía del Servicio Civil a su petición de actualización en el escalafón la cual se dio 11 meses después de presentada y luego de la declaratoria de insubsistencia; la negligencia de la entidad demandada en remitir la fotocopia de la sentencia según se le solicitó; y que el fallo se sustente en pronunciamientos posteriores a la fecha en que fue proferido el acto demandado.

EL CONCEPTO FISCAL

El Señor Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado opina que la sentencia amerita confirmación.

Considera la Agencia Fiscal que el actor estuvo vinculado a la carrera administrativa, pero al momento de ser desvinculado ocupaba un cargo de libre nombramiento y remoción en virtud de lo dispuesto por la Ley 61 de 1987. Señala además, que para aceptar tal cargo no medió comisión implicando ello el retiro del escalafón.

Concluye que en esas condiciones, el acto de insubsistencia no requería motivación alguna y se ajustó a la legalidad.

Se decide previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Se trata de establecer si se ajusta a derecho la Resolución 4490 (septiembre 1o.) de 1989, por medio de la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor como

Subdirector General de Establecimiento Público, Código 040, Grado 02 de la Caja Nacional de Previsión o si, por el contrario, el acto acusado es nulo por haber desconocido las prerrogativas de la carrera administrativa que según la demanda lo amparaban y dentro de las cuales se encuentra, como es lógico, la relativa estabilidad en el cargo.

No comparte la Sala el pronunciamiento del Tribunal en cuanto acepta la prosperidad de la excepción de indebida acumulación de pretensiones; si en la demanda se pide el reconocimiento de perjuicios y ellos no fueran procedentes, lo pertienente sería negar esa pretensión, pero no declarar la existencia de una indebida acumulación de pretensiones. Además es necesario aclarar que de prosperar tal excepción, ello conduciría a un fallo inhibitorio y como consecuencia a la imposibilidad de fallar el fondo del asunto en cualquier sentido.

A pesar de que el Tribunal declaró probada la excepción propuesta por la entidad demandada, se pronunció desfavorablemente sobre el fondo del asunto. La Sala tampoco comparte este pronunciamiento, ni el concepto de la Agencia Fiscal pues como lo ha dicho la Sala Plena de la Corporación (Exp. S-031, julio 8 de 1988), la desvinculación de la carrera sólo puede operar por alguna de las razones enunciadas en las normas que regulen tal situación. Si no hay cesación definitiva de funciones, el funcionario inscrito en carrera conserva las prerrogativas inherentes a esta aunque cambie la naturaleza del cargo.

Las disposiciones que consagran la carrera, la estabilidad y el derecho de ascenso, no pueden ser desconocidas por el sólo hecho de que un cargo sea clasificado como de libre nombramiento y remoción. Vale la pena anotar que la Corte Suprema de Justicia declaró inexequible el artículo 49 del Decreto 2400 de 1968, según el cual los empleados inscritos en el escalafón que ocupen cargos que se declaren de libre nombramiento y remoción pierden sus derechos dentro de la carrera, por considerar que en esa forma tales derechos legalmente adquiridos quedarían dependiendo totalmente de la voluntad gubernamental.

Si, como en este caso, el funcionario inscrito en carrera pasa a otro cargo por incorporación, no pierde por ese solo hecho sus derechos de escalafonado; y si luego es ilegalmente desvinculado de ese cargo y reincorporado al mismo en obedecimiento a una sentencia que declaró la nulidad del acto de desvinculación, que conlleva la no solución de continuidad, el empleado que jamás se retiró del servicio, tampoco pierde los derechos que le otorga la carrera; continúa escalafonado y como tal, no puede ser declarado insubsistente sino por resolución motivada y por las causales previstas en la ley.

En efecto, los elementos de juicio que obran en el proceso muestran lo siguiente:

Conforme a la certificación obrante a folios 13 a 15, el actor fue nombrado como Médico Especialista en la Caja Nacional de Previsión desde el 3 de agosto de 1969 y continuó en tal cargo hasta el 30 de abril de 1970; posteriormente fue designado como Asesor Científico, empleo que desempeñó hasta el 31 de agosto de 1971 cuando fue

trasladado al cargo de Subdirector de Centros Asistenciales. Después, a partir del 1o. de julio de 1973, fue designado como Subdirector de Clínica y luego incorporado a la planta de personal como funcionario de carrera mediante Resolución No. 1744 de 17 de agosto de 1978 en el cargo de Subdirector General de Establecimiento Público, Código 0040, Grado 02 (fl. 174) el que ocupó hasta el 23 de septiembre de 1980 cuando fue destituido mediante la Resolución No. 2566. Por Resolución No. 434 del 16 de febrero de 1984 (fls. 6 a 12) fue reintegrado al mismo empleo, en obedecimiento a una sentencia judicial, y de él fue declarado insubsistente el 1o. de septiembre de 1989 mediante el acto acusado.

Obra a folio 5 el oficio No. 8746 del 5 de octubre de 1989, en el cual el Jefe de la División de Selección del entonces Departamento Administrativo del Servicio Civil, expresa que el Doctor Claudio Manotas Pertúz fue inscrito en el escalafón de la carrera administrativa en el cargo de Subdirector de Clínica 35 de la Caja Nacional de Previsión, mediante Resolución No. 083 de 22 de enero de 1975.

Es cierto que al actor le fue negada la actualización de su escalafón conforme obra a folios 55, 62 y 63 pues consideró el D.A.S.C. que había sido retirado del servicio y en consecuencia no era procedente la actualización del escalafón a una persona que ya no prestaba sus servicios, y también porque la Ley 61 de 1987 había clasificado el último cargo que ocupó como de libre nombramiento y remoción.

Sin embargo, el hecho de no haber obtenido la actualización en el escalafón no implicaba en manera alguna que se convirtiera en funcionario de libre nombramiento y remoción, puesto que su escalafonamiento como Subdirector de Clínica 35, obtenido en 1975, seguía vigente; no se había perdido por la incorporación al de Subdirector de Establecimiento Público Cód. 0040, grado 02 porque ésta se produjo antes de la expedición de la ley 61 de 1987, que declaró el cargo de libre nombramiento y remoción. No se necesitaba entonces obtener Comisión para aceptarlo. Y cuando fue reintegrado a él por resolución 0434 de 16 de febrero de 1984, ello ocurrió en cumplimiento de una sentencia judicial.

Sólo que la protección del escalafón, como en otras ocasiones lo ha sostendio la Sala, está referida al empleo en el cual fue escalafonado y no a otro.

De acuerdo con lo analizado anteriormente, el actor no podía ser declarado insubsistente sin motivación ninguna, como se hizo. Es por tanto anulable la resolución acusada.

Al dársele tratamiento de empleado de libre nombramiento y remoción se infringieron las normas citadas en el libelo, lo cual conduce a la prosperidad parcial de las súplicas de la demanda previa revocatoria de la sentencia del Tribunal.

Se observa sin embargo que estando vigente en este momento el artículo 5o. de la ley 27 de 1992 en el cual se contemplan precisamente las consecuencias del cambio de naturaleza de los empleos, la Administración deberá tener en cuenta esta norma y

reintegrar al actor a un empleo de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior al de Subdirector de Clínica 35, que era aquel en el cual se encontraba escalafonado y protegido por las garantías propias de la carrera, y sólo en caso de no existir vacantes en tales empleos de carrera en las respectivas plantas de personal, se le reintegrará al mismo de Subdirector de Clínica 35 o a su equivalente.

La petición de indemnización de perjuicios no está llamada a prosperar, por cuanto en este caso la insubsistencia, como se desprende del expediente no puede equipararse a un hecho que afecte los sentimientos o la honra de las personas, para que se configure el derecho o perjuicios morales; y los materiales se entienden compensados volviendo las cosas al estado anterior, con las consecuencias patrimoniales que ello implica.

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

FALLA:

Revócase la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", el 4 de diciembre de 1992 dentro del proceso iniciado por Claudio Manotas Pertúz.

En su lugar dispone:

1o. Es nula la Resolución No. 4490 de 1o. de septiembre de 1989, por la cual el Director General de la Caja Nacional de Previsión Social declaró insubsistente el nombramiento hecho al Doctor Claudio Manotas Pertúez identificado con la C. de C. No. 2'918.341 de Bogotá, como Subdirector de Establecimiento Público, Código 0040, Grado 02.

2o. Como consecuencia de tal nulidad y a manera de restablecimiento del derecho, la Caja Nacional de Previsión Social reintegrará al Doctor Claudio Manotas Pertúz a un cargo de carrera con funciones afines y remuneración igual o superior al de Subdirector de Clínica 35 y para cuyo desempeño llene los requisitos exigidos, según lo previsto en el artículo 5o. de la ley 27 de 1992, y le reconocerá y pagará los sueldos y prestaciones dejados de devengar en el cargo de Subdirector de Clínica 35, con los reajustes ordenados anualmente, entendiéndose para todos los efectos legales que no ha habido solución de continuidad, desde cuando se produjo la desvinculación del servicio y hasta cuando se produzca el reintegro.

De las sumas que resultaren a favor del Doctor Claudio Manotas Pertúz, la Caja Nacional de Previsión Social, descontará lo que él hubiere recibido de entidades públicas o de aquellas en que tenga parte mayoritaria el Estado, durante el mismo lapso de tiempo, conforme al artículo 128 de la Constitución Política.

La Caja Nacional de Previsión Social dará cumplimiento a esta providencia dentro del término previsto en el artículo 176 del C.C.A., y observará lo previsto en el artículo 177 *ibídem.*

3o. Niéganse las demás súplicas de la demanda.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE. Una vez ejecutoriada esta providencia, envíese el expediente al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 24 de agosto de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA
Aclara voto

JOAQUÍN BARRETO RUIZ
Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: Se reitera la providencia de la Sala Plena de 8 de julio/88, Exp. S-031.

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA A LA SENTENCIA DICTADA EL 4 DE SEPTIEMBRE DE 1995 EN EL JUICIO NO. 8164. AUTORIDADES NACIONALES. ACTOR: CLAUDIO MANOTAS PERTUZ.

Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre seis (6) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

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 se ordena el descuento de las sumas que puede haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial, para lo cual se invocan los artículos 64 de la Constitución Nacional de 1886 y el 128 de la actual.

En efecto, para el suscrito Consejero es claro que las sumas a que se condena en la sentencia mencionada, 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" a 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, el debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló -de manera reiterada- algunos razonamientos de la siguiente guisa:

"Tomando apoyo en el artículo 64 de la C.N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que

el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.

"El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:

"Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios."

"La prohibición quer 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 en 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 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. Devegar 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 sí 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).

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 ostenible 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

SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL/ECOPETROL/PENSIONADO DE ECOPETROL/MESADA ADICIONAL

El artículo 142 de la ley 100 de 1993 que se alega fue transgredido por exceso en la facultad reglamentaria, señala que "los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos oficial y semioficial, en todos sus ordenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional..." tienen derecho a la mesada de junio de cada año. Nada dijo la norma respecto de los empleados y pensionados de ECOPETROL como si lo hizo con los de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no obstante tener un régimen especial y estar excluidos al igual que los de ECOPETROL del sistema integral de seguridad social.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., dieciocho (18) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DRA. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS.

Referencia: Expediente No. 12030. Decretos del Gobierno. Actor: Alfredo Castaño Martínez.

El Dr. ALFREDO CASTAÑO MARTÍNEZ, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., demanda la nulidad del parágrafo segundo del artículo 43 del Decreto Reglamentario No. 692 de marzo 29 de 1994, expedido por

el Gobierno Nacional, por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993, en cuanto excluyó a los pensionados de ECOPETROL "de la aplicación del reajuste (sic) mesada adicional con la mesada del mes de junio de cada año a partir de 1994", previsto en el artículo 43 *ibídem*.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL

Solicita el accionante la suspensión provisional de la norma acusada porque considera que viola en forma flagrante los artículos 13. 48*in fine*. y 53 inciso 3o. de la Constitución Nacional y el artículo 142 de la Ley 100 de 1.993, y porque además con el se desbordó la potestad reglamentaria, por desconocer claros mandatos contenidos en el artículo 142 de la Ley 100, que estableció el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio para todos los pensionados sin excepción alguna.

Dice que la palmaria violación de las normas constitucionales citadas aparece de bulto, ya que el derecho a la igualdad resulta vulnerado al señalar el Gobierno en la norma demandada, con desvío de poder, que a los pensionados de ECOPETROL no les es aplicable el reajuste del artículo 43 del mismo Decreto, so pretexto de que los trabajadores de ECOPETROL fueron excluidos del sistema integral de seguridad social previsto en la Ley 100 de 1993 y no obstante que la misma disposición también excluyó a otros servidores, para conservar y salvaguardar los derechos y garantías establecidas conforme a disposiciones normativas anteriores a la vigencia de la Ley 100.

Agrega que la exclusión hecha en el artículo 279 de la Ley 100 no se hizo extensiva a la mesada adicional pagadera en junio de cada año, pues la Corte Constitucional en sentencia C-409 declaró la inexequibilidad de las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubieran causado y reconocido antes del (1o.) de enero de 1988", por considerar que todos los pensionados tienen derecho, sin ninguna salvedad, a la mesada adicional en junio que prescribe el artículo 142 de la citada ley y que la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en concepto de 6 de diciembre de 1994 precisó el alcance del fallo constitucional en relación con el personal docente.

Alega que el derecho a la igualdad ante la ley y a las cargas públicas (art. 13 C.N.) resulta vulnerado, ya que al excluir de la mesada adicional tan solo a los pensionados de ECOPETROL se está institucionalizando una discriminación y que la igualdad de oportunidades que postula el artículo 53 de la Carta comprende la de pensionarse según las condiciones establecidas por las normas laborales.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA:

El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 dispone que el sistema integral de seguridad social contenido en la misma ley no se aplica, entre otros, a los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos, ni a los pensionados de la misma.

El artículo 43 del Decreto 692 de 1994 reglamentó lo referente a la mesada adicional, de la siguiente manera:

> "Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez o sobrevivientes de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus ordenes, el sector privado y el ISS, así como los retirados de las fuerzas militares y de la policía nacional, cuyas pensiones se hubieren causado y reconocido antes del 1o. de enero de 1988, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada de junio de cada año, a partir de 1994.
>
> Los pensionados de entidades del orden nacional, beneficiarios de los reajustes ordenados en el decreto 2108 de 1992, recibirán el reconocimiento y pago de los treinta (30) días de la mesada adicional solo a partir de junio de 1996. Cuando alguna entidad territorial ya viniere cancelando esta mesada adicional, se entenderá cumplida la obligación que establece este artículo. Cuando se estuviere cancelando pero en menor cuantía, se deberá proceder al respectivo reajuste para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo.
>
> Parágrafo 1o. Esta mesada adicional será pagada por quien tenga a su cargo la cancelación de la pensión sin que exceda quince (15) veces el salario mínimo legal mensual. En los casos de pensión de pago compartido , la mesada adicional se cubrirá por el ISS y el empleador en proporción a la cuota parte que esté a su cargo, siempre que el empleador haya reconocido la pensión de jubilación con anterioridad al año de 1988".

Y en su parágrafo 2o. excluyó a los pensionados de ECOPETROL del "reajuste" previsto en el mismo artículo invocando para el efecto el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

El artículo 142 de la Ley 100 de 1993 que se alega fue transgredido por exceso en la facultad reglamentaria, señala que "Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y el Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional..." tienen derecho a la mesada de junio de cada año . Nada dijo la norma respecto de los empleados y pensionados de ECOPETROL como sí lo hizo con los de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, no obstante tener un régimen especial y estar excluidos al igual que los de ECOPETROL del sistema integral de seguridad social. No aparece por tanto tan evidente la transgresión de la ley por parte de la norma acusada, pues a pesar de que cuando el artículo 142 de la Ley estableció el derecho al reconocimiento de treinta días de pensión cancelables en el mes de junio de cada año para "Los pensionados de jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el

sector privado y el Instituto de Seguros Sociales..." podrá entenderse que hizo omiso de las exclusiones que con posterioridad se dispusieron en la misma ley (art. 279), la mención expresa de unos de los excluidos podría llevar a la conclusión contraria, es decir, que lo que quiso el legislador fue hacer excepción a la exclusión del artículo 279, pero solamente respecto de los empleados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, que fueron los únicos mencionados.

Este será un punto para dilucidar en la sentencia cuando se falle de fondo la pretensión, no en este momento procesal en el que como en repetidas ocasiones ha expresado esta corporación, para que proceda la suspención provisional la infracción de normas superiores debe surgir en forma tan manifiesta que se perciba a través de una simple comparación.

Y en cuanto al derecho a la igualdad que estima vulnerado el accionante, citando la sentencia C-409 de septiembre 15 de 1994 de la Corte Constitucional que declaró la inexiquibilidad de las expresiones "actuales" y "cuyas pensiones se hubieren causado y reconocido antes del primero (1o.) de enero de 1988", contenidas en el artículo 142 de la Ley 100, habrá de decir la Sala que el fundamento de la decisión fue la clara discriminación dentro del mismo sector de pensionados, al otorgar privilegios para unos en detrimento en que los pensionados adquirieron su condición de tales. Circunstancia que es diferente a la planteada en el *sub-júdice.*

Dadas las anteriores circunstancias, encuentra la Sala que no aparece *prima facie* la violación alegada y, en consecuencia, habrá de denegar la medida.

Por lo expuesto, la Sala

RESUELVE:

1o. Por reunir los requisitos legales ADMÍTESE la demanda instaurada en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A. por ALFREDO CASTAÑO MARTÍNEZ.

2o. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, de conformidad con lo dispuesto en el art. 150 del C.C.A.

3o. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al Ministro de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 150 del C.C.A.

4o. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo dispuesto en el art. 150 del C.C.A.

5o. NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al Agente del Ministerio Público.

6o. DENIÉGASE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL solicitada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue considerada y aprobada y ordenada su publicación por la Sala de sesión del veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos noventa y cinco (1995).

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

Ausente

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL

Secretaria (E)

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES/POTESTAD REGLAMENTARIA- Extralimitación/**PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA/ENTIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL DEL ORDEN NACIONAL O TERRITORIAL/ISS**

Lo que hizo el ejecutivo a través de las disposiciones acusadas fue establecer tres eventos, en que no se daría la pensión por aportes, cuando como ya se vio, la redacción del parágrafo del artículo en mención fue clara, pues que dice "Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo"; y lo que quedó escrito en la disposición reglamengtaria es que "no tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes", que es algo totalmente distinto, y sin duda excede la potestad reglamentaria. En ejercicio del poder reglamentario, el ejecutivo no puede dictar una disposición que viole la ley, no sólo la que se pretende reglamentar, sino una cualquiera. La función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme a la naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN POR APORTES/ACUMULACIÓN DE LOS APORTES

La filosofía de la acumulación de los aportes, prevista en el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social, permitan a éstas cumplir con el pago de la

pensión de jubilación, en cuantía proporcional al tiempo aportado a cada una de ellas".

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre quince (15) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. DIEGO YOUNES MORENO.

Referencia: Exp. No. 9792. Decretos del Gobierno. Actor: Jorge Lucas Tolosa Cañas.

Decide la Sala la demanda de nulidad incoada por el ciudadano Jorge Lucas Tolosa Cañas contra el literal a) del artículo 20 del Decreto 1160 del 2 de junio de 1989, reglamentario de la Ley 71 de 1988.

LA DEMANDA:

Plantea el ciudadano demandante que el Congreso de la República expidió la Ley 71 de 1988, "Por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones", en ejercicio de las atribuciones de que trataba el ordinal 9o., artículo 76, de la Carta Política de 1886. El Presidente de la República con fundamento en el artículo 120, numeral 3, de la misma Constitución, y en ejercicio de las facultades que le fueron otorgadas en la propia Ley 71 de 1988, expidió el Decreto 1160 del 2 de junio de 1989, cuyo artículo 20, –en la parte demandada–, es manifiesta y visiblemente contrario a la norma superior, porque "modificó la vigencia y efectividad inmediata de la pensión de Jubilación Mixta por Aportes y cotizaciones de los empleados y trabajadores públicos y privados e introdujo limitaciones o restricciones no contempladas en la Ley reglamentada, para lo cual no estaba facultado el Ejecutivo. El Gobierno con el acto acusado se discrimina a quienes para la época de vigencia de la ley tenían 50 o 45 años de edad, cometiendo así una grave injusticia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

La Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación presentó alegato en el cual hace un estudio prolijo y detallado de los planteamientos de la demanda; finaliza solicitando la anulación del acto acusado.

CONSIDERACIONES:

Conviene señalar que esta Corporación mediante sentencia de 8 de marzo de 1994, expediente No. 7048, con ponencia del Dr. Carlos Arturo Orjuela Góngora, declaró nulo el acto acusado. En esa oportunidad dijo la Sala:

"Las disposiciones acusadas, expresan:

"ART. 20.- Pensión de jubilación por aportes.- La pensión a que se refiere el artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 se denomina pensión de jubilación por aportes.

Tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes quienes al cumplir 60 años o más de edad si es varón y 55 años o más de edad si se es mujer, acrediten 20 años o más de cotizaciones o aportes continuos o discontinuos en el Instituto de

Seguros Sociales y en una o varias de las demás entidades de previsión y gozarán de ella quienes se hubieren retirado del servicio o desafiliado de los seguros de invalidez, vejez y muerte, y accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

No tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes:

a) Las personas que al 19 de diciembre de 1988 hubiesen cumplido 50 años de edad si se es varón y 45 años de edad si se es mujer y tengan 10 años o más de cotizaciones en una o varias de las entidades de previsión;

b) Las personas que en cualquier época acrediten 20 años o más de servicios continuos o discontinuos en entidades oficiales del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o distrital;

c) Las personas que en cualquier época acrediten 1.000 o más semanas de cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales".

El parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 dispuso:

"Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo, a las personas que a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan diez (10) años o más de afiliación en una o varias de las entidades y cincuenta (50) años o más de edad si es varon o cuarenta y cinco (45) o más si es mujer, continuarán aplicándose las normas de los regímenes actuales vigentes." (Se subraya).

El artículo 7o. lo que hizo fue precisar que a partir de la vigencia de la Ley 71 de 1988, los servidores oficiales que hubiesen hecho aportes durante veinte años, sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias entidades de previsión social del orden nacional o territorial, y en el Instituto de Seguros Sociales, tendrían derecho a una pensión de jubilación al cumplir 60 años de edad (los varones) y 55 (las mujeres), según el caso. Y en su inciso segundo se limitó a darle atribuciones al Gobierno Nacional para reglamentar el reconocimiento y pago de la prestación, y determinar las cuotas partes correspondientes a las entidades involucradas.

Y en su parágrafo señaló que las personas que al entrar en vigencia la ley tuviesen ya 10 años o más de afiliación en una o varias de esas entidades, y 50 años de edad o más los varones y 45 o más las mujeres, tendrían derecho a su pensión conforme a los regímenes anteriores, vigentes en esta misma fecha como es obvio.

Empero, lo que hizo el Ejecutivo a través de las disposiciones acusadas fue establecer tres eventos, en que no se daría la pensión por aportes, cuando como ya se vio, la redacción del parágrafo del artículo en mención fue clara, pues que dice "Para el reconocimiento de la pensión de que trata este artículo"; y lo que quedó escrito en la disposición reglamentaria es que "no tendrán derecho a la pensión de jubilación por aportes", que es algo totalmente distinto, y sin duda excede la potestad reglamentaria.

Al respecto, la Sala acoge la cita jurisprudencial contenida en el alegato del Ministerio Público, que dice:

"En ejercicio del poder reglamentario, el ejecutivo no puede dictar una disposición que viole la ley, no sólo la que se pretende reglamentar, sino una cualquiera. La función del reglamento es hacer eficaz, activa, plenamente operante la norma superior de derecho, pero nada más que eso. De ahí que introducir so pretexto de reglamentación normas nuevas, preceptos que no se desprenden conforme ala naturaleza de las cosas, de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones a los ciudadanos, más allá del contenido intrínseco de la ley, implica un acto exorbitante, una extralimitación de funciones que constituye una clara violación de la voluntad legislativa". (Sentencia del 19 de febrero de 1962, t. LXIV, núms. 397-398, pág. 54).

En lo que hace con el inciso segundo acusado, la Sala reitera el pensamiento expuesto al denegar la suspensión provisional de las disposiciones cuestionadas, en el sentido de que la expresión "en cualquier tiempo" se relaciona con la época en que se producen los aportes, en tanto que la frase "continuos o discontinuos" tiene que ver con que haya sucesión o interrupción en los mismos; o sea, que en realidad esta segunda expresión precisa el alcance de la primera, "como que se encamina a señalar que los aportes que pueden haber sido hechos o pagados "en cualquier tiempo", pueden ser "continuos o discontinuos". (Auto de noviembre 27 de 1992; Fls. 27-32).

De lo anterior surge, entonces, que deben prosperar las acusaciones formuladas contra el inciso 3o., literales a), b) y c), del artículo 20 del Decreto 1160 del 2 de junio de 1989, mas no las que se relacionan con el inciso 2o., por las razones atrás expuestas.

La Sala considera conveniente agregar que a esta conclusión conduce también lo reglado hoy por el artículo 13 de la Constitución de 1991, en la medida en que no permite discriminación entre iguales, como podría resultar de las disposiciones cuya nulidad prospera. De igual manera, estima necesario consignar que el artículo 289 de la Ley 100 del 23 de diciembre de 1993 derogó expresamente el parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988, en el cual se sustentaban parcialmente las normas acusadas. Empero, esto no incide en manera alguna, porque las mismas pudieron producir efectos cuya nulidad es indispensable declarar.

Fuera de lo anterior, es menester añadir que la Corte Constitucional declaró inexequible dicho parágrafo del artículo 7o. de la Ley 71 de 1988 "por la cual se expiden normas sobre pensiones y se dictan otras disposiciones", mediante sentencia C-012/94 del 21 de enero de 1994, –Expediente D– 321; Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell–, de la que es pertinente transcribir el siguiente aparte, relacionado con la situación planteada en este proceso:

"La filosofía de la acumulación de los aportes, prevista en el artículo 7o. de la ley 71 de 1988, es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social, permitan a éstas cumplir con el pago de la pensión de jubilación, en cuantía proporcional al tiempo aportado a cada una de ellas."

A juicio de esta Sala, se observa una discriminación injustificable e irrazonable entre quienes a la fecha de vigencia de la presente ley, tengan 10 años o más de afiliación en una o varias de las entidades y 50 años o más de edad si es varón o 45 años o más si es mujer y quienes no se hallan en esas condiciones; porque, en primer término, se establece una diferenciación negativa en razón de la edad, y en segundo lugar, irrazonablemente, ante una misma situación fática, esto es, aportes al ISS y a entidades de previsión social oficiales durante 20 años, y edad de 60 años o más, si es varón, o 55 años o más, si es mujer, se reconoce a unas personas la pensión de jubilación y a otras se les niega. Tampoco resulta razonable que, por la circunstancia de haber aportado durante 10 años o más a una o varias de las entidades mencionadas, la pensión de jubilación deba quedar regida por las normas vigentes al momento de la expedición de la ley, es decir, a cargo de las entidades de previsión oficiales o del ISS. exclusivamente, porque, al haberse aportado a todas las entidades existe un fondo común ideal para que todas ellas concurran al pago de la pensión en la proporción que les corresponda."

Este análisis, por lo demás, coincide con los razonamientos hechos por la Sala, que conducen a la prosperidad parcial de los pedimentos 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:

Primero.- Declárase la nulidad del inciso tercero, literales a), b) y c), del artículo 20 del Decreto No. 1160 del 2 de junio de 1989, dictado por el señor Presidente de la República."

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Ministerio Público,

FALLA:

ESTÉSE a lo dispuesto en el fallo de 8 de marzo de 1994, expediente No. 7048, y mediante el cual se declaró nulo el acto acusado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala el día 31 de agosto de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Presidente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ÁLVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria (E)

NOTA DE RELATORÍA: La norma aquí demandada fue suspendida provisionalmente por auto de 8 de marzo de 1994, Exp. 7048.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA/CARRERA ADMINISTRATIVA-Régimen Especial/**PROVISIÓN DE EMPLEOS/NOMBRAMIENTO PROVISIONAL**-Término/**PRÓRROGA EN LA PROVISIONALIDAD**-Improcedencia/**POTESTAD REGLAMENTARIA**-Extralimitación/**CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA**

Del texto constitucional emerge el objetivo de la potestad reglamentaria y cumplido efecto de la ley, -como mandato del legislativo, traducido en que la potestad reglamentaria no puede emplearse para hacer nugatoria la vigencia de là Carta Magna o la norma reglamentaria, ni los derechos que ellas confieren; ni so pretexto de su ejercicio, evadirla. Las facultades del Contralor en esa materia, –la carrera administrativa del organismo–, se limitaban de conformidad con el inciso 2o. del artículo 4o. *ibídem,* a los aspectos relacionados con el procedimiento de selección por concurso, que según el querer del legislador extraordinario debía ser de carácter interno y abierto. En modo alguno pueden acompasarse los actos reglamentarios del Contralor con la Carta Política y con la ley si con aquéllos se difiere la vigencia del mandato de carrera en los empleos de la entidad, o si a través suyo se propende legitimar la evasión de su eficacia o desconocer las limitaciones que le impuso a sus potestades nominativas la norma de carrera, cuando le permitió designar personal de manera provisional y dentro de condiciones muy precisas en cargos de carrera, pero no lo autorizó más allá de un año, provisionalidad que es improrrogable al tenor del parágrafo del artículo 4o. del D.L. 937 de 1976. Los razonamientos que anteceden resaltan cómo el artículo 1° de la Resolución 013222 de 1989 no corresponde a las facultades reglamentarias del Contralor General de la República respecto

de los concursos o el escalafonamiento en la carrera administrativa de la entidad, porque aplazan indefinidamente su vigencia y prolongan la provisionalidad más allá del año, y además, porque convierten en destinos de libre nombramiento y remoción los empleos de su planta de personal, cuando la voluntad expresa del legislador es diferente que éstos sean la excepción y los de carrera, la generalidad. En lo que concierne con las otras resoluciones acusadas, que en la fecha de presentación de la demanda ya no se encontraban vigentes porque fueron subrogadas unas por otras, o porque la prórroga de la provisionalidad fue determinada, o porque se le extendió hasta que se efectuará la convocatoria de los recursos, se accederá a la declaración de nulidad porque lesionaron el ordenamiento constitucional y legal como fruto del ejercicio indebido de la potestad reglamentaria otorgada el Contralor General de la República en el D. L. 937 de 1976 en cuanto a la carrera administrativa de la entidad, con la invasión de la competencia del legislador.

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo.- Sección Segunda. Santa Fe de Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 4951. Autoridades Nacionales. Actor: Luis Felipe Guerra B.

Decide la Sala la demanda de nulidad (Art. 84, C.C.A), promovida por Luis Felipe Guerra B. contra la Resolución No. 013222 del 11 de julio de 1989 y otros precedentes, emanadas del Contralor General de la República.

LA DEMANDA:

Solicita la nulidad del artículo 1o. de la resolución en cuanto dispone:

> "Los empleados a quienes se les venza el período de provisionalidad continuarán por necesidades del servicio en el ejercicio de sus cargos por un término igual al previsto en la ley".

Como consecuencia, pide se declaren igualmente nulas "la cadena de resoluciones del mismo despacho de vigencia anual, preconstitutivas cada una de las siguientes (sic), que decretaron la prórroga del período de provisionalidad en la contraloría como son:

> "La Resolución No. 012699 de 1o. de septiembre de 1988, la Resolución No. 012098 de 14 de julio de 1987, la Resolución No. 011667 de 15 de julio de 1986, la Resolución No. 011265 de 15 de julio de 1985, la Resolución No. 010313 de 10 de noviembre de 1983, la Resolución No. 09977 de 14 de abril de 1983, la Resolución No. 09732 de 15 de octubre de 1982, la Resolución Orgánica No. 09161 de 27 de octubre de 1981". (fls. 2-11).

Alegó como violados los artículos 2°, 16, 20, 61, 62 y 76-10 de la Constitución Nacional de 1886; 5o., 8o., 9o. y 10 del D. L. 937 de 1976 y 10 y 11 de la resolución Orgánica 08470 de 1980, por los siguientes motivos:

Incompetencia del Contralor, porque el mandato legal que desarrolla la carrera administrativa en dicho Organismo establece que la provisionalidad, cuando no sea posible proveer un empleo por selección en concurso, no podrá exceder de un año, tanto que la resolución orgánica dispuso que vencido el período de provisionalidad el empleo cesará en sus funciones y será retirado del servicio, a menos que se presenten impedimentos legales que condicionen su estabilidad; y con los actos debatidos el Contralor invadió la órbita constitucional del congreso al derogar de hecho un término fijado por la ley.

Desviación de poder, toda vez que el artículo primero de los actos acusados fueron medio para que no se cumpliera la ley y sustraerse a su aplicación, manteniendo en provisionalidad el 90% de la planta de personal de la Contraloría, como lo demuestra el nivel de insubsistencias habida cuenta de que esas personas no estaban en carrera.

Falsa motivación, a partir de la confrontación de las consideraciones de los actos (fls. 21-28) que ocultan la clara finalidad de incumplir la ley, que fija la manera ordenada y democrática de acceder al servicio.

SUSPENSIÓN PROVISIONAL:

Se pidió respecto del artículo 1o. de la Resolución 013222 de 1989, que la Sala confrontó con el artículo 4o. del D. L. 937 de 1976 y sobre lo cual dijo en auto del 8 de agosto de 1990, lo siguiente:

> "(...) la provisión de empleos de carrera mediante nombramiento provisional; no puede éste exceder de un año. La prohibición es absoluta y establece que debe hacerse en cambio, ordenando que, durante ese año, el cargo deberá proveerse por el sistema de carrera, vale decir, descarta, en forma absoluta, la posibilidad de una prórroga en la provisionalidad".
>
> "Claro es, en consecuencia, que la violación de este precepto por la Resolución enjuiciada resulta pretuberante. Es una contradicción frontal que salta a la vista". (fls. 38-39).

El recurso de la entidad (fls. 45-53) se desató con la providencia del 26 de octubre de 1990 la Sala confirmó la anterior y sostuvo:

> "(...)
>
> "Ha de recordarse, por otra parte, que la facultad reglamentaria debe ejercerse dentro de los precisos límites y términos que impone la norma reglamentada, sin que pueda utilizarse más allá o por fuera de tales limitaciones, las que se deducen del propio texto reglamentado".

"Si bien, se ha otorgado facultades al Contralor General para regular algunos aspectos de la carrera, como los señalados en el artículo séptimo o en el cuarto, no alcanzan ellas al extremo de autorizar una provisionalidad indefinida, a través del mecanismo de la renovación anual utilizado por el Contralor". (fl. 86).

Y más adelante agregó:

"Dado que la ley es clara al señalar que los nombramientos en tales condiciones no deben exceder del año, no puede argumentar válidamente, sin desconocer el precepto, que por razones y necesidades del servicio y en atención a factores accidentales, la Contraloría tenga la atribución de ignorar la vigencia del precepto. Además, como toda norma de tipo exceptivo debe entenderse y aplicarse en forma restringida y sólo para el caso previsto, por referirse a situaciones que se salen de lo normal, no sea legalmente admisible una aplicación extensiva o analógica por fuera del marco previsto en ella".

"Debe la Sala hacer notar que la Contraloría utiliza la figura "necesidades del servicio" sin determinación alguna, para prorrogar, año tras año desde 1981, una provisionalidad que según la ley no puede pasar de un año, convirtiendo en regla lo que es excepción y en práctica administrativa, regular y constante, lo que es accidental, transitorio y provisional. Durante el curso de la instancia se recibió la certificación del Director de Administración de Personal de la Contraloría, en la cual se lee:

"2. Las razones por las cuales la Administración de Personal de la Contraloría General de la República, no ha convocado a concursos cerrados o abiertos, para la provisión de los cargos que pertenecen al sistema de carrera primordialmente radican en la incongruencia legal existente entre las normas que regulan la carrera administrativa –Resolución 08470 de 1980–, y la expedición de los Decretos Leyes 341 y 342 de 1981, y 180, 181 y 185 de 1987, mediante los cuales se reestructuraron las plantas de personal, establecieron requisitos mínimos para el desempeño de empleos y fijaron la escala de remodelación correspondiente a las distintas categorías de los mismos, imposibilitando por una parte, la creación de los cuadros ocupacionales de que hable al artículo 12 de estatuto de carrera de la Entidad, y por la otra esta dicotomía no permite el desarrollo pleno de la misma, por el impedimento legal, que debe ser subsanado exclusivamente por el legislador, haciendo compatible todas las normas que regulan la Administración de personal y el acceso a la Carrera".

Así mismo, al folio 127 obra la respuesta del Contralor General de la República, según la cual "durante el período comprendido entre 1981 y 1990, no se convocó a concurso de mérito para proveer los cargos de carrera administrativa de la Contraloría General de la República", y al folio 126 otro documento en el que expresa que durante su gestión "se dio apertura al proceso de Carrera administrativa, para cargos correspondientes al novel operativo, según resolución No. 13974 del 5 de julio de 1991".

El demandante alegó (fl. 138); y el Delegado del Ministerio Público rindió su concepto, en el cual pide se declare la nulidad, porque el Contralor so pretexto de ejercer la facultad reglamentaria en forma sutil legisló sobre materias de competencia del Congreso, pues no otra situación se da con las prórrogas anuales de los nombramientos en provisionalidad (fl. 154); desvió sus funciones; no ha convocado los concursos manteniendo por nueve años la provisionalidad que constituye en lo fáctico un esguince para el cumplimiento de la ley y por ende para no darle cabal desarrollo. En su concepto debe prosperar la nulidad del acto acusado y de los restantes así no se hallen vigentes (fl. 162).

CONSIDERACIONES:

Las disposiciones de los artículos 5o., 6o. y 7o. del decreto legislativo No. 0247 del 4 de octubre de 1957, votado por los varones y mujeres colombianas mayores de 21 años el primer domingo del mes de diciembre de 1957 como reformatorio de la Constitución, en cuanto modificaron sus normas le confirieron al Congreso la facultad de establecer y regular las condiciones de acceso al servicio público, de ascensos por mérito y antigüedad, y de jubilación, retiro o despido, que informan la facultad de nombrar y de remover empleados administrativos. Estos mandatos los desarrolla el Congreso mediante normas que expide según la previsión del artículo 11 del Acto Legislativo No. 1 de 1968, modificatorio del artículo 76 de la Constitución en ese aspecto.

La Contraloría General de la República, creada legalmente en 1923, se "constitucionalizó" mediante el artículo 209 del Acto Legislativo No. 1 de 1945 con facultades para que el Contralor proveyera los empleos de su dependencia creados por la ley (numeral 5 del artículo 94 del Acto Legislativo No. 1 de 1945, reformatorio del artículo 210 de la Carta Política). El artículo 8° del acto legislativo de 1968, modificatorio del 60 de la Constitución, estableció como atribución del Contralor la de "proveer los empleos de su dependencia que haya creado la ley", texto que regía cuando se expidieron los actos a que se alude en la demanda.

El artículo 4° del decreto ley 937 de 1976 contempla el régimen de los empleados al servicio de la Contraloría General de la República, distinguiendo entre los de libre nombramiento y remoción y de los de carrera, que se proveerán en período de prueba con las personas que hayan sido seleccionadas por el procedimiento de concurso, según lo establecen "el citado decreto y los reglamentos que dicte el contralor"; con lo cual se confirió al Contralor la potestad de reglamentar los aspectos del concurso.

El legislador extraordinario consignó en el parágrafo del artículo 4° del estatuto en comento, la previsión que acto seguido se transcribe, medular en la definición del *sub-lite*, como ya se dijo en el auto admisorio de la demanda:

> "Cuando no sea posible proveer un empleo de carrera con personal seleccionado por el sistema de concurso, podrá proveerse el empleo mediante nombramiento

provisional, cuya duración no podrá exceder de un año, lapso durante el cual deberá proveerse el cargo por el sistema de carrera".

El artículo 6o. de la norma proveniente del legislador extraordinario expresa que la carrera administrativa en la Contraloría tiene por objeto mejorar la eficiencia de los servicios a su cargo, ofreciendo a todos los colombianos igualdad de oportunidades para el acceso a ella, otorgando estabilidad en lo empleos y posibilidad de ascenso conforme a los reglamentos, y que compete a la Contraloría desarrollar el escalafonamiento en la carrera, con lo cual reitera su potestad reglamentaria, restringida a dicho aspecto.

En el artículo 7o. *ejusdem,* se consagró la carrera en la generalidad de los empleos del organismo, como se desprende de su tenor literal y de la lista de los destinos de libre nombramiento y remoción que contiene; si bien en su parágrafo le confirió al Contralor poderes para modificar el carácter de unos y otros cuando lo aconsejen las conveniencias de la entidad, oído el concepto del Comité de Personal, punto que la Sala obviará de momento por ser ajeno a los hechos debatidos.

A la luz de lo expuesto debe definirse si la previsión del artículo 1o. de la resolución cuestionada es ejercicio de las potestades que el legislador extraordinario reconoció al Contralor General de la República frente a determinados aspectos de la carrera administrativa, o si es una expresión de su potestad nominadora reconocida por la constitución y por la ley en lo que hace con los cargos legalmente asignados a ese organismo.

La potestad reglamentaria, apoyada en la época de expedición de los actos acusados en el numeral 3 del artículo 120 de la carta política de 1886 se materializa mediante la expedición de las órdenes necesarias para la cumplida ejecución de las leyes, de la cual surgen sus propios ámbitos y finalidades. De una parte, su límite material lo determinan la Carta Política y la propia norma reglamentada o desarrollada en cuanto admita su reglamentación por mandato del constituyente; porque no puede referirse a temas no contemplados en ella, ni a materias atribuidas al legislador, como que el titular de la potestad reglamentaria no puede fungir de hacedor de la ley sin lesión del orden constitucional. Así mismo, del texto constitucional emerge el objetivo de la potestad reglamentaria que es el de asegurar la vigencia y cumplido efecto de la ley, –como mandato del legislativo–, traducido en que la potestad reglamentaria no puede emplearse para hacer nugatoria la vigencia de la Carta Magna o la de la norma reglamentada, ni los derechos que ellas confieren; ni so pretexto de su ejercicio, evadirla.

Las facultades del Contralor en esa materia, –la carrera administrativa del organismo–, se limitaban de conformidad con el inciso 2o. del artículo 4o. *ibídem,* a los aspectos relacionados con el procedimiento de selección por concurso, que según el querer del legislador extraordinario debía ser de carácter interno y abierto; según las previsiones del artículo 9o. del decreto mencionado.

Naturalmente, en modo alguno pueden acompasarse los actos reglamentarios del Contralor con la Carta Política y con la ley si con aquéllos se difiere la vigencia del mandato de carrera en los empleos de la entidad, o si a través suyo se propende legitimar la evasión de su eficacia o desconocer las limitaciones que le impuso a sus potestades nominativas las norma de carrera, cuando le permitió designar personal de manera provisional y dentro de condiciones muy precisas en cargos de carrera, pero no lo autorizó, más allá de un año, provisionalidad que es improrrogable al tenor del parágrafo del artículo 41 del D. L. 937 de 1976.

Los razonamientos que anteceden resaltan cómo el artículo 1o. de la resolución 013222 de 1989 no corresponde a las facultades reglamentarias del Contralor General de la República respecto de los concursos o el escalafonamiento en la carrera administrativa de la entidad, porque aplazan indefinidamente su vigencia y prolongan la provisionalidad más allá del año, y además, porque convierten en destinos de libre nombramiento y remoción los empleos de su planta de personal, cuando la voluntad expresa del legislador es diferente que éstos sean la excepción y los de carrera, la generalidad.

Por consiguiente, no es atendible el argumento de la entidad fundado en que la planta de su personal es incongruente con las normas de carrera, porque el mandato del artículo 7o. del estatuto de carrera es genérico y abarca y por tanto se aplica a cualquier planta adoptada por el legislativo para ese establecimiento, y porque las limitaciones a la regla general solamente pueden provenir válidamente del órgano legislativo.

En lo que concierne con las otras resoluciones acusadas, que en la fecha de presentación de la demanda ya no se encontraban vigentes porque fueron subrogadas unas por otras, o porque la prórroga de la provisionalidad fue determinada, o porque se la extendió hasta que se efectuara la convocatoria de los concursos, se accederá a la declaración de su nulidad porque lesionaron el ordenamiento constitucional y legal como fruto del ejercicio indebido de la potestad reglamentaria otorgada al Contralor General de la República en el D. L. 937 de 1976 en cuanto a la carrera administrativa en la entidad, con invasión de la competencia del legislador. El demandante alegó idénticos vicios en estos actos, pero la anulación únicamente se proferirá con relación al primero de sus artículos, pues los demás no fueron cuestionados de manera específica.

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

FALLA:

Primero.- Declárase la nulidad de la Resolución Orgánica No. 013222 del 11 de julio de 1989, "por la cual se dicta una disposición en materia de administración de personal", proferida por el Contralor General de la República.

Segundo.- Declárase la nulidad del artículo 1o. de las resoluciones números 012699 del 1o. de septiembre de 1988, 012098 del 14 de julio de 1987, 011667 del 15 de julio de 1986, 011265 del 15 de julio de 1985, 010313 del 10 de noviembre de 1983, 09977 del 14 de abril de 1983, 09732 del 15 de octubre de 1982, y de la Resolución Orgánica No. 09161 de 27 de octubre de 1981, proferidas por el Contralor General de la República.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE. PUBLÍQUESE en los Anales del Consejo de Estado.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en su reunión del día 7 de septiembre de 1995.

CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA
Presidente

JOAQUÍN BARRETO RUIZ

CLARA FORERO DE CASTRO

ALVARO LECOMPTE LUNA

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

DIEGO YOUNES MORENO
Ausente

MYRIAM VIRACACHÁ SANDOVAL
Secretaria

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/EMPLEOS PÚBLICOS-Clasificación/**CARGOS**-Naturaleza/**SUPRESIÓN DE CARGOS/JUNTA DIRECTIVA**-Facultades

Como en el Acuerdo 024 de junio de 1991 se clasifican como empleos públicos los de Secretaría, Operador de Equipo, Ayudante de Almacén, que no están contemplados en la parte inicial del artículo 15 del Decreto 0967, a juicio de la Sala es viable su anulación porque la misma naturaleza de los cargos elimina la posibilidad de que se tengan como de dirección y confianza. En lo que tiene que ver con los artículos 3o., 4o. y 5o., que se refieren a la supresión de algunos cargos, como ésta es una facultad de la Junta Directiva (Artículo 8o. del Decreto No. 0967 de 1986), no es procedente su anulación.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/NOMENCLATURA Y CLASIFICACIÓN DE CARGOS-Nivel Administrativo/**ESCALA SALARIAL/ GASTOS DE REPRESENTACIÓN/EMPLEADOS DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA**

El artículo 5o. del Acuerdo 014 de abril 16 de 1991 señala como de dirección y confianza varios cargos que no tienen esa calidad, puesto que es obvio que dentro de la administración todo empleo requiere para su ejercicio algún grado de confianza, independientemente de que sea desempeñado por un trabajador oficial o un empleado público, y esto no lo califica como empleado de dirección o confianza, sino la particularidad de actuar en función creativa, con coordinación de las políticas empresariales y con determinadas facultades jerárquicas, que generalmente lo colocan en condiciones de superioridad respecto del trabajador ordinario. Por esta razón

es claro que los empleos que no están incluidos en la enumeración del artículo 15 del Decreto 0967 de 1986 carecen de las características necesarias para enlistarlos como de dirección y confianza, y por ende, como públicos.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/EMPLEOS PÚBLICOS-Clases y Categorías/**PLANTAS DE PERSONAL**-Conformación/**COMPETENCIA/JUNTA DIRECTIVA/CLASE DE VINCULACIÓN**-Criterio Orgánico/**CRITERIO DE ACTIVIDAD**

El Acuerdo 012 de 16 de abril de 1991 establece las clases y categorías para los empleos públicos de la Industria Licorera del Cauca y reajusta los sueldos y gastos de representación. Debe destacarse que este acuerdo se expidió en legal forma, esto es, por la autoridad competente. Sin embargo, como en el artículo 1o. incluye como empleos públicos, una serie de cargos que por regla general corresponden a trabajadores oficiales, tales como los del personal de planta que cumple funciones asistenciales y auxiliares y requiere la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo, deberá decretarse la nulidad parcial de este artículo, porque el criterio que se debe adoptar para determinar la clase de vinculación a la Empresa es el orgánico; así pues, basta que se presten servicios a una empresa industrial y comercial del Estado, para que la regla general de vinculación sea la contractual laboral, o sea, la ínsita a los trabajadores oficiales; la excepción es la de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla el legislador siguió el criterio de la actividad, pues sólo si se trata de tareas de dirección y confianza podrá darse la vinculación estatutaria. De lo expresado se desprende que únicamente puede aceptarse como empleados públicos a quienes desempeñen los cargos determinados en el Decreto 0967 de 1986, artículo 15, en su parte inicial, es decir los de gerente, los asistentes de gerencia, los jefes de división, los jefes de departamento; los jefes de sección; los jefes de grupos y subgrupos.

EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/NOMENCLATURA Y CLASIFICACIÓN DE CARGOS/CREACIÓN DE CARGO-Requisitos mínimos/**JUNTA DIRECTIVA**-Funciones

El Acuerdo 011 de abril 16 de 1991 se expidió de conformidad con el artículo 8o. del estatuto básico de la demandada, que señala las funciones de la Junta Directiva, entre las que se encuentra la de determinar, con aprobación del gobierno departamental, la planta de personal, nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos. En este orden de ideas, la norma demandada se expidió dando cumplimiento a todos los requisitos legales, en especial lo contemplado en el artículo 66 del Decreto 1221 de 1986, por corresponder a las juntas directivas la potestad de establecer las plantas de personal. Esta circunstancia hace impróspero el ataque contra la norma acusada.

ENTIDADES DESCENTRALIZADAS DEPARTAMENTALES/EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO/INDUSTRIA LICORERA DEL CAUCA/JUNTA DIRECTIVA-Funciones/**CLASIFICACIÓN DE EMPLEADOS PÚBLICOS/NORMA GENERAL**-Improcedencia

> **En la parte final el Decreto 0967 de 1986 artículo 15 se refiere a todo el personal de planta de las unidades que cumpla funciones asistenciales y auxiliares y requiera la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo; lo que quiere decir que se relaciona con todo el personal que labora en las unidades de gerencia y en las divisiones. El Gerente es, naturalmente, el jefe de la administración de la empresa; y las divisiones son dependencias administrativas que cumplen funciones en los términos señalados en la estructura administrativa, bajo la orientación, coordinación y control de aquél (Artículo 12 del Decreto 0967 de 1986). Por este aspecto, como la norma es de carácter muy general y no determina en forma específica los funcionarios que ostentan la calidad de empleados públicos, es evidente que contraría la ley.**

Consejo de Estado.- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.- Santa Fe de Bogotá, D.C., septiembre veintiocho (28) de mil novecientos noventa y cinco (1995).

Consejero Ponente: DR. CARLOS ARTURO ORJUELA GÓNGORA.

Referencia: Expediente No. 8464. Autoridades Departamentales. Actor: Diego Felipe Pardo.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 27 de abril de 1993, mediante la cual se declaró la nulidad parcial de los Acuerdos Nos. 12, 14 y 24 de 1991, en los artículos allí determinados, y se denegó la del No. 011 del 16 de abril del mismo año "por medio del cual se adiciona la nomenclatura y clasificación de cargos, se crea un cargo, se le fijan requisitos mínimos y funciones en la Industria Licorera del Cauca", expedidos por la Junta Directiva del organismo.

LA DEMANDA:

Se encamina a obtener la nulidad del artículo 15 del Decreto No. 0967 de diciembre 30 de 1986, dictado por el Gobernador del Cauca, en cuanto a la clasificación de personal allí determinado; artículos 1o. a 6o. del Acuerdo No. 011 de abril 16 de 1991, que creó el cargo de Capellán clase 1, categoría 35; artículos 1o. y 5o. del Acuerdo No. 012 de abril 16 de 1991, en cuanto clasificó a los auxiliares, ayudantes, cajero, facturador, kardistas, mecanógrafa de Departamento, operador de computador, recepcionista, secretarias, analistas, archivero, administradora de Caja de Ahorros como empleados públicos; artículos 1o. y 5o. del Acuerdo No. 014 de abril 16 de 1991 en cuanto estableció

la nomenclatura y clasificación de cargos y precisó la planta de personal de empleados públicos; y los artículos 1o. a 5o. del Acuerdo No. 024 del 25 de junio de 1991, que creó cargos de empleados públicos y suprimió cargos de trabajadores oficiales.

Como hechos de la demanda se narran los siguientes:

La Industria Licorera del Cauca es una empresa industrial y comercial del orden departamental creada por la Ordenanza No. 26 de 1972.

El *Decreto No. 0967 de 1986,* según facultades conferidas por la *Ordenanza 018 de 1986* de la Asamblea Departamental del Cauca, dispuso en su artículo 15 que las personas vinculadas a esa clase de entidades son trabajadores oficiales, y que por desempeñar actividades de dirección y confianza tendrían la calidad de empleados públicos el Gerente, los Asistentes de Gerencia, los Jefes de División, los Jefes de Departamento, los Jefes de Sección, los Jefes de Grupos o Subgrupos y el personal de planta de esas unidades que cumpla funciones asistenciales y auxiliares, y que requieran la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo.

Pese a ello, la Junta directiva expidió la reforma contenida en el *Acuerdo No. 011 de abril 16 de 1991,* por medio del cual *"se adiciona la nomenclatura y clasificación de cargos, se le fijan requisitos mínimos y funciones para crear el cargo de Capellán clase 1 y categoría 35 como dependiente de la Gerencia y dada su categoría tiene la calidad de empleado público, aunque las funciones son de orden espiritual y no dependen de la subordinación y confianza de ningún jefe".*

Con el *Acuerdo 012* se establecieron los cargos, clases y categoría para los empleos públicos, incluyendo auxiliares, ayudantes, cajero, facturador, kardistas, mecanógrafa de Departamento, operador de computador, recepcionista, secretarias, analistas, archivero, administradora caja de ahorro, que hacen parte de la planta de personal mencionada.

A su vez, el artículo 1o. del Acuerdo 014 estableció la nomenclatura y clasificación de cargos por niveles administrativos, y determinó en su artículo 5o. la planta de personal de empleados públicos.

No existe en la demandada un Manual de Funciones en el cual se precise en qué consisten las funciones asistenciales y auxiliares que sean de confianza de las respectivas jefaturas, para que se pueda clasificar el personal de planta como de empleados públicos al tenor de lo dispuesto en el estatuto básico contenido en el *Decreto 0967 de 1986.*

NORMAS VIOLADAS:

Al acto acusado se le atribuye la violación de los *artículos 6o., 53 y 122 de la Constitución Nacional; 4o. del Decreto 2127 de 1945; 65 y 66 del Decreto Ley 1221 de 1986; 304 y 305 del Decreto 1222 de 1986; 8o. y 31 del Decreto 0967 de 1986, –estatuto básico de la Licorera del Cauca–.*

LA SENTENCIA:

El *a-quo* desató la *litis* mediante providencia del 27 de abril de 1993 (Fls. 149 a 162), decretando la nulidad parcial del *artículo 15 del Decreto 0967 de 1986; la de los artículos 1o. y 5o. del Acuerdo No. 12 de 1991;* la del *artículo 5o. del Acuerdo No. 014 del 16 de abril de 1991;* la nulidad de los *artículos 1o. y 2o. del Acuerdo No. 24 de 1991;* no se accedió a decretar la del *Acuerdo No. 011 de 16 de abril de 1991.*

EL RECURSO:

El Departamento del Cauca, inconforme con la decisión, interpuso en tiempo el recurso de apelación, alegando que los acuerdos objeto de la demanda que establecieron la nomenclatura, clasificación, creación, supresión de cargos y reestructuración administrativa, fueron elaboradas teniendo en cuenta lo previsto en los estatutos de la empresa, y por consiguiente no se ha infringido norma legal alguna, porque corresponde a las Juntas Directivas esa determinación.

Como no se observa causal que invalide lo actuado, la Sala procede a decidir previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

Según el *Decreto No. 0967 del 30 de diciembre de 1986* (Fl. 41) la naturaleza jurídica de la entidad demandada es la de una empresa industrial y comercial del orden departamental, creada por la *Ordenanza No. 26 de 1972* con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente. Su dirección estará a cargo de una junta directiva y un gerente.

El artículo 8o. del citado decreto determina las funciones de la Junta Directiva y entre ellas se encuentra la de formular la política general de la empresa, como también los planes y programas que con criterio industrial y comercial se incorporen a los planes generales de desarrollo del departamento, y adoptar los estatutos de la empresa y cualquier reforma que se les introduzca, y someterlos a la aprobación del gobierno departamental.

Las personas vinculadas a la Industria Licorera del Cauca son trabajadores oficiales. En cuanto ejercen actividades de dirección o confianza tienen la calidad de empleados públicos: El gerente, los asistentes de gerencia, los jefes de división, los jefes de departamento, los jefes de sección, jefes de grupos y subgrupos y, el personal de planta de dichas unidades que cumpla funciones asistenciales y auxiliares y requiera la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo. *(Artículo 15, Decreto No. 0967 de 1986, folio 49).*

A su vez el *Decreto No. 1221 de 1986,* que corresponde al estatuto básico de las entidades descentralizadas departamentales, preceptúa en los *artículos 65 y 66* que las personas que presten sus servicios en los establecimientos públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras

públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Empero, quienes presten sus servicios en las empresas industriales y comerciales y en las sociedades de economía mixta son trabajadores oficiales. No obstante, en tales estatutos se precisarán que actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos.

Esas disposiciones señalan también que las juntas directivas de tales entidades, con aprobación del gobierno departamental, determinarán las plantas de personal con sujeción a las normas que expidan las asambleas sobre nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos.

De lo anterior se deduce sin lugar a equívocos que las personas que prestan sus servicios a una empresa industrial y comercial del departamento o a una sociedad de economía mixta son trabajadores oficiales, y que en sus estatutos debe estar contenida la excepción, es decir cuáles personas tendrán la calidad de empleados públicos.

Como la excepción que se analiza en este caso se refiere a las actividades de dirección o confianza que deben ser desempeñadas por personas con la calidad de empleados públicos, conviene traer a colación; en primer término, la definición de los vocablos **dirección** y **confianza.**

El Diccionario de la Lengua Española, vigésima primera edición, 1992, los define así en las acepciones que interesan para estos efectos:

> **"Dirección:** Acción y efecto de dirigir o dirigirse./ Conjunto de personas encargadas de dirigir una sociedad, establecimiento, explotación, etc."**"Confianza:** Esperanza firme que se tiene de una persona o cosa./ Dícese de la persona en quien se puede confiar."

En lo que tiene que ver con el primer concepto esta Corporación, con ponencia de la Consejera doctora Dolly Pedraza de Arenas, dijo en sentencia del 9 de marzo de 1992, expediente No. 2708, Actor: Banco Colpatria, lo siguiente:

> *"Si al vocablo "confianza" se le diera el significado estrictamente semántico, todo empleado, desde el más modesto hasta el de mayor jerarquía sería de "confianza", debido a que a quien se designa en un empleo se le deposita cierto grado de seguridad y responsabilidad y en este supuesto, todos los empleados serían de confianza."*

Igualmente, con ponencia del Consejero doctor Diego Younes Moreno, expediente No. 6565, Actora: Asociación de Empleados de Antioquia S.A., se dijo:

> *"Ahora bien, para la Sala es obvio que todo empleo de la administración pública demanda para su ejercicio algún grado de confianza, independientemente de*

que sea o no desempeñado por un empleado público o por un trabajador oficial, pues el atribuir a alguien la ejecución de una actividad por modesta que ella sea, dado que el éxito de la gestión administrativa depende del esfuerzo mancomunado de la totalidad de quienes conforman la respectiva institución, implica otorgar a quien ejecuta un cierto grado de credibilidad en su eficiencia y responsabilidad para el desempeño de la misma."

"Más esta clase de confianza no es la que, en términos del artículo 5o. del decreto 3135 de 1968, permite sustraer de la clasificación general de trabajadores oficiales a algunos servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, para otorgarles el rango de empleados públicos, sino aquella en particular que se requiere en los servidores que actúan en función no simplemente ejecutiva, sino de concepción, coordinación de políticas empresariales, que ostentan facultades jerárquicas usualmente superiores a las del trabajador ordinario y que muchas veces lo colocan en posibilidad de recibir delegación de quienes representan la dirección de las empresas."

La *Corte Constitucional en sentencia No. C-195/94, expediente No. D-421,* expresó sobre este aspecto, al referirse a las normas sobre carrera administrativa, que:

"En otras palabras de acuerdo con la clasificación del Decreto 1042 de 1978, que establece los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico, administrativo y operativo, hay que señalar que los criterios que deben tenerse en cuenta para determinar si un empleo es de libre nombramiento y remoción son los niveles directivos y excepcionalmente los otros, siempre y cuando impliquen un grado considerable de confianza. Los demás, es decir, la regla general, son de carrera. En consecuencia, los empleos señalados en la norma como de libre nombramiento y remoción se juzguen válidos, en el entendido de que se trata de empleos de dirección y confianza."

Sentados los anteriores presupuestos, la Sala estudiará cada uno de los actos demandados con el fin de establecer si efectivamente se violan las normas invocadas en el libelo demandatorio.

1. Decreto No. 0967 de 30 de diciembre de 1986, artículo 15.

"ARTÍCULO 15.- PERSONAL. Las personas vinculadas a la Industria Licorera del Cauca son trabajadores oficiales. Por desempeñar actividades de dirección o confianza tendrán la calidad de empleados públicos; el Gerente, los Asistentes de Gerencia; los Jefes de División; los Jefes de Departamento, los Jefes de Sección, los Jefes de Grupo y Subgrupo, y el personal de planta de las anteriores unidades que cumpla funciones asistenciales y auxiliares y requiera la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo."

"PARÁGRAFO 1o.- El régimen de prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales será el ordenado por la ley."

La primera parte de la norma no plantea controversia alguna, pues se refiere a las personas que laboran en la empresa y que por regla general son trabajadores oficiales; la excepción la constituyen las personas que desempeñen actividades de dirección o confianza, que tienen la calidad de empleados públicos.

En la parte final el Decreto No. 0967 de 1986 art. 15 se refiere a todo el personal de planta de las unidades que cumpla funciones asistenciales y auxiliares y requiera la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo; lo que quiere decir que se relaciona con todo el personal que labora en las unidades de gerencia y en las divisiones.

El Gerente es, naturalmente, el jefe de la administración de la empresa; y las divisiones son dependencias administrativas que cumplen funciones en los términos señalados en la estructura administrativa, bajo la orientación, coordinación y control de aquél. *(Artículo 12 del decreto 0967 de 1986).*

Por este aspecto, como la norma es de carácter muy general y no determina en forma específica los funcionarios que ostentan la calidad de empleados públicos, es evidente que contraría la ley.

Este proceder no es de recibo porque la administración no puede convertir lo que es excepción en regla general. Por ello, la Sala comparte los planteamientos del a-quo para decretar la nulidad del acápite demandado.

2.) Acuerdo No. 011 de 16 de abril de 1991.

Se pide la anulación de la totalidad del articulado, es decir, los artículos 1o. a 6o.

Este acuerdo corresponde a la nomenclatura y clasificación de cargos; se crea el cargo de Capellán y se exigen como requisitos mínimos (Fls. 60 y ss.), los siguientes: 1. Haber recibido la orden sacerdotal; 2. Haber obtenido la Licenciatura en Filosofía y Letras; 3. Haber adelantado cursos de Sicopedagogía.

El Acuerdo 011 de abril 16 de 1991 se expidió de conformidad con el artículo 8o. del estatuto básico de la demandada, que señala las funciones de la Junta Directiva, entre las que se encuentra la de determinar, con aprobación del gobierno departamental, la planta de personal, nomenclatura, clasificación y remuneración de los empleos.

En este orden de ideas, la norma demandada se expidió dando cumplimiento a todos los requisitos legales, en especial lo contemplado en el *artículo 66 del Decreto 1221 de 1986,* por corresponder a las juntas directivas la potestad de establecer las plantas de personal. Esta circunstancia hace impróspero el ataque contra la norma acusada.

3). El Acuerdo No. 012 de 16 de abril de 1991.

Establece las clases y categorías para los empleos públicos de la Industria Licorera del Cauca y reajusta los sueldos y gastos de representación.

En la demanda se cuestionaron los artículos 1o. y 5o. El *artículo 1o.* establece los cargos, clases y categorías para los empleados públicos de la empresa, y el *artículo 5o.* señala en forma detallada la conformación de la planta de personal de sus empleados públicos. (Fl. 62 y ss.).

Debe destacarse que este acuerdo se expidió en legal forma, esto es, por la autoridad competente.

Sin embargo, como en el artículo 1o. incluye como empleos públicos, una serie de cargos que por regla general corresponden a trabajadores oficiales, tales como los del personal de planta que cumple funciones asistenciales y auxiliares y requiere la confianza personal de sus jefes por estar a su servicio directo, deberá decretarse la nulidad parcial de este artículo, porque el criterio que se debe adoptar para determinar la clase de vinculación a la Empresa es el orgánico; así pues, basta que se presten servicios a una empresa industrial y comercial del Estado, para que la regla general de vinculación sea la contractual laboral, o sea, la ínsita a los trabajadores oficiales; la excepción es la de ostentar la calidad de empleado público, y para determinarla el legislador siguió el criterio de la actividad, pues sólo si se trata de tareas de dirección y confianza podría darse la vinculación estatutaria. Estos cargos se caracterizan porque quienes los desempeñan actúan en función creativa y no simplemente ejecutiva, que persigue el desarrollo y éxito de la empresa; además, porque ocupan una posición especial de jerarquía, con facultades disciplinarias y de mando sobre el resto de los trabajadores; por eso mismo, obligan al patrono frente a sus trabajadores y están dotados de un determinado poder discrecional de autodecisión.

De lo expresado se desprende que únicamente puede aceptarse como empleados públicos a quienes desempeñen los cargos determinados en el *Decreto No. 0967 de 1986, artículo 15,* en su parte inicial, es decir los de gerente, los asistentes de gerencia, los jefes de división, los jefes de departamento, los jefes de sección, los jefes de grupos y subgrupos.

Por las mismas razones se declarará nulo el artículo 5o., *ibídem.*

4) Acuerdo No. 014 de 16 de abril de 1991.

Este acuerdo consagra la nomenclatura y clasificación de cargos por niveles administrativos, y enuncia la escala salarial y gastos de representación, como también la planta de empleos públicos de la Industria Licorera del Cauca.

Fueron demandados los artículos 1o. y 5o.; el *artículo 1o.* tiene que ver con la nomenclatura y clasificación de cargos por niveles administrativos. El artículo 5o. clasifica como empleos públicos una serie de cargos distintos a los contemplados en el *artículo 15, parte primera del Decreto No. 0967,* que sienta la regla general de que las personas que prestan sus servicios en la Industria Licorera del Cauca son trabajadores oficiales; y la excepción la constituyen las personas que desempeñan actividades de dirección o confianza, a quienes se les aplica el régimen de empleados públicos.