



REPUBLICA DE COLOMBIA

ANALES  
DEL  
CONSEJO DE ESTADO

TOMO  
CXLVII  
Primera Parte

PRIMER TRIMESTRE  
DE 1996

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

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

# CONSEJO DE ESTADO

## CONSEJEROS Y DIGNATARIOS

### PRIMER TRIMESTRE 1996

#### Primera Parte

*Presidente*

Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

*Vicepresidente*

Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

*Secretaria General*

Dra. MERCEDES TOVAR DE HERRAN

#### SECCION PRIMERA

Dr. ERNESTO RAFAEL ARIZA MUÑOZ

*Presidente*

Dr. LIBARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ

Dr. MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA

Dr. JUAN ALBERTO POLO FIGUEROA

*Secretario*

Dr. JAIRO PINZON MOLANO

#### SECCION SEGUNDA

Dra. CLARA FORERO DE CASTRO

*Presidente*

Dr. CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA

Dr. ALVARO LECOMPTE LUNA (hasta 30 de junio de 1996)

Dr. JOAQUIN BARRETO RUIZ

Dra. MARIA EUGENIA SAMPER RODRIGUEZ  
Dra. DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

*Secretaria:*

Dra. ENEIDA WADNIPAR RAMOS

### **SECCION TERCERA**

Dr. JESUS MARIA CARRILLO BALLESTEROS

*Presidente*

Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO  
Dr. JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ  
Dr. DANIEL SUAREZ HERNANDEZ

*Secretaria:*

Dra. LOLA ELISA BENAVIDES LOPEZ

### **SECCION CUARTA**

Dra. CONSUELO SARRIA OLCOS

*Presidente*

Dr. GERMAN AYALA MANTILLA  
Dr. JULIO ENRIQUE CORREA RESTREPO  
Dr. DELIO GOMEZ LEYVA

*Secretario:*

Dr. CARLOS ALBERTO FLOREZ ROJAS

### **SECCION QUINTA**

Dr. LUIS EDUARDO JARAMILLO MEJIA

*Presidente*

Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF  
Dr. AMADO GUTIERREZ VELASQUEZ  
Dr. MARIO ALARIO MENDEZ (desde el 29 de junio/95)

*Secretario:*

Dr. OCTAVIO GALINDO CARRILLO

## **SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL**

Dr. LUIS CAMILO OSORIO ISAZA

*Presidente*

Dr. JAVIER HENAO HIDRON

Dr. CESAR HOYOS SALAZAR (desde el 6 de julio/95)

Dr. ROBERTO SUAREZ FRANCO

*Secretaria:*

Dra. ELIZABETH CASTRO REYES

## **PROCURADURIAS DELEGADAS**

1ª Dr. GUSTAVO ADOLFO GARCIA (desde 1º de septiembre/95)

2ª Dr. HUGO CAÑIZARES BERBEO (desde 16 de nov./95)

3ª Dr. FLAVIO RODRIGUEZ ARCE (desde 1º de octubre/95)

4ª Dr. RODRIGO RAMIREZ GONZALEZ (desde 16 de nov./96)

5ª Dr. ALIER HERNANDEZ ENRIQUEZ (desde 1º de octubre/95)

6ª Dra. INES HURTADO CUBIDES

7ª Dra. MARGARITA OLAYA DE OBANDO

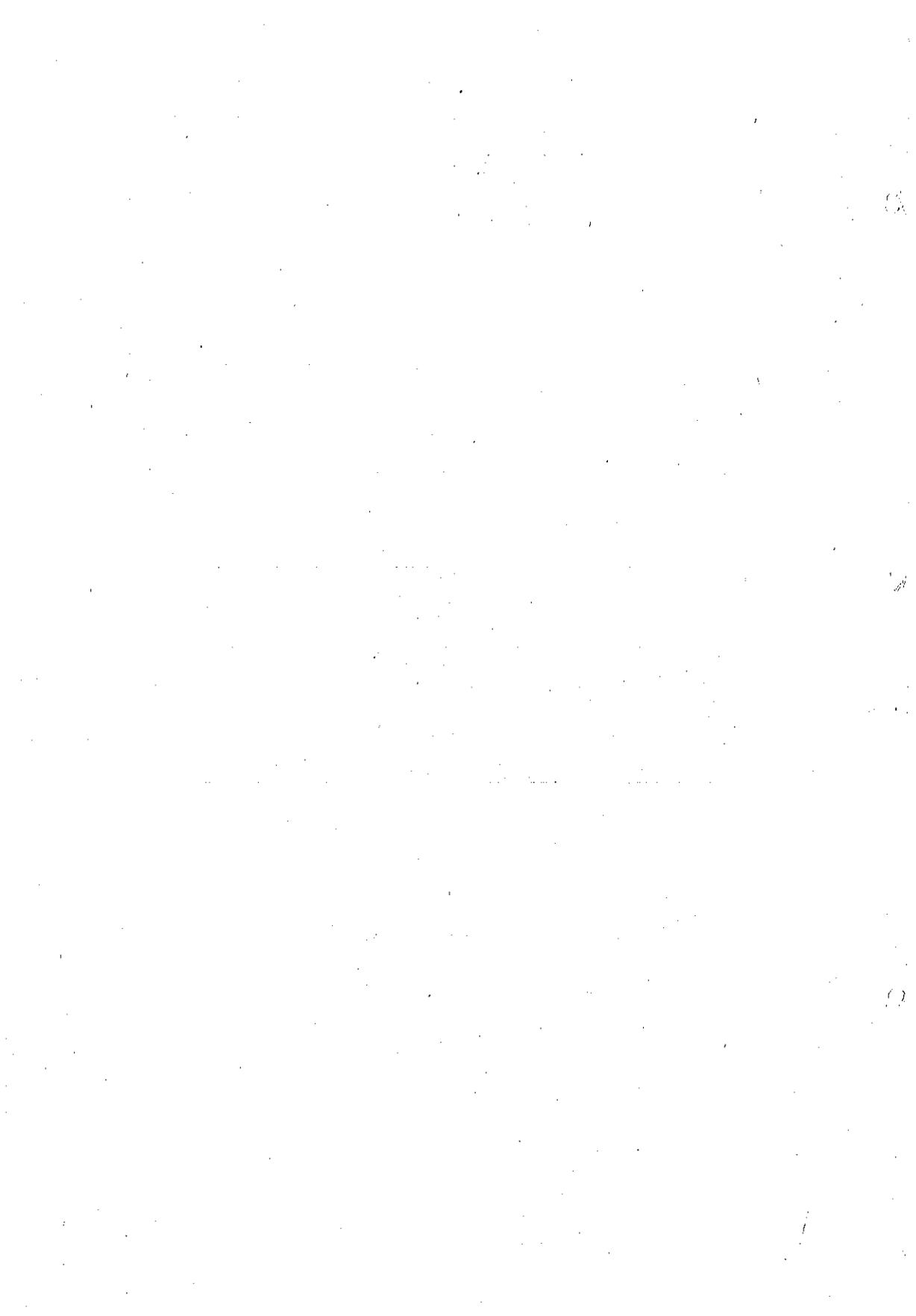
8ª Dra. MARIA DEL CARMEN MELO RODRIGUEZ

9ª y 10ª ALICIA RUBIANO AMEZQUITA

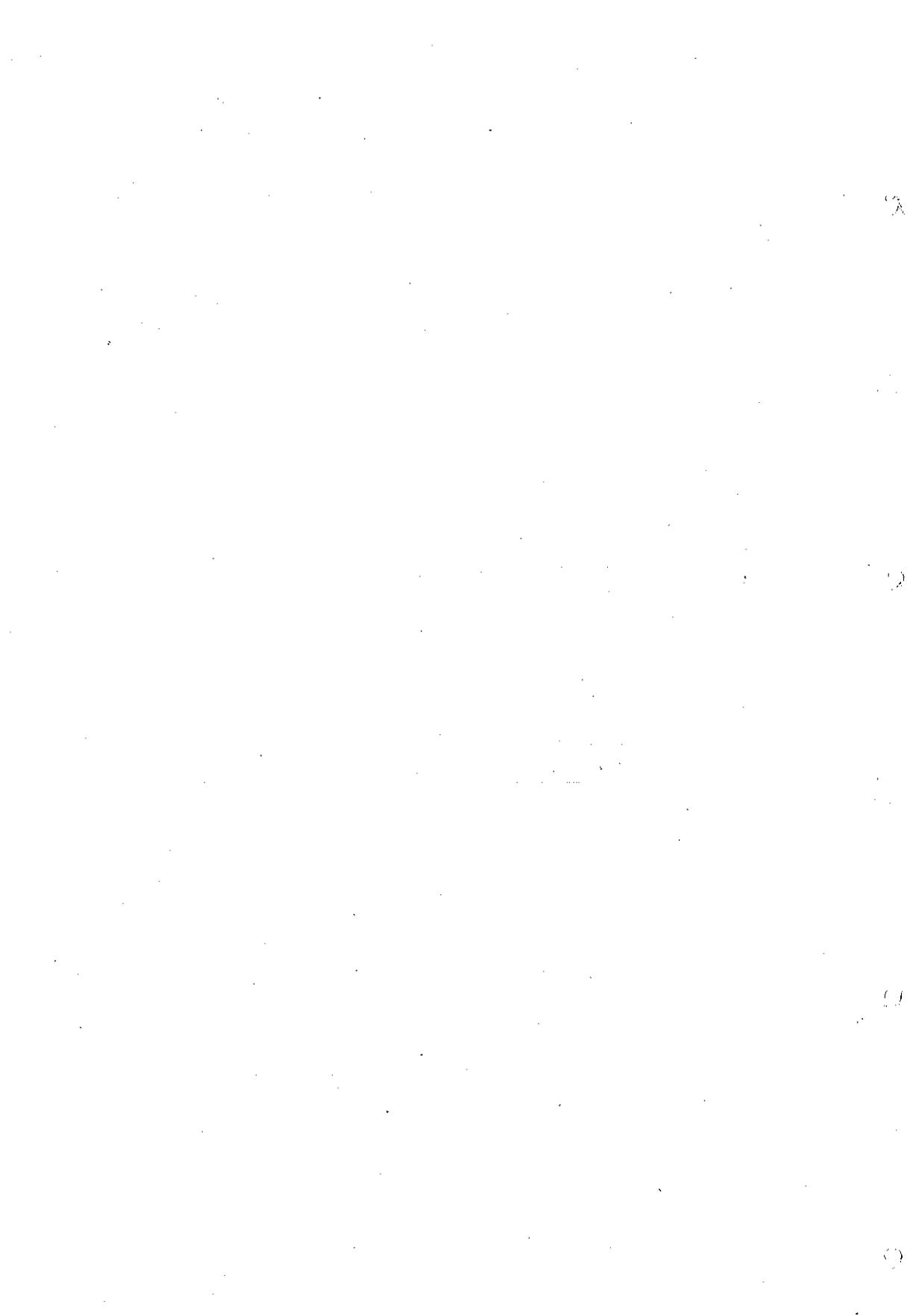
## **RELATORAS**

Dra. MARIA DEL PILAR ESPINOSA SALAZAR

Dra. MARIA DEL PILAR VELOZA PARRA



# **SALA PLENA**



**RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Rechazo / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Improcedencia.**

La remisión que hace la norma de la Ley 136 al juicio de pérdida de investidura de los Congresistas, se relaciona únicamente con el trámite que debe impartírsele a las demandas que persiguen ese resultado y no con otros aspectos, como por ejemplo el atinente al recurso extraordinario “especial” de revisión, pues la Ley 144 lo defiere de manera concreta y precisa para el “Parlamentario”, y en principio, no es un tema que aparezca aplicable por extensión o analogía a otra clase de servidores públicos como los concejales. Así las cosas, la invocación que el recurrente hace de lo establecido en el literal a) del artículo 17 de la Ley 144, resulta improcedente.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo*

Santa Fe de Bogotá, D. C., a diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número R-120.

Referencia: Recurso extraordinario de revisión.

Consejero Ponente: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Actor: Rafael Durán Leal.

El señor Rafael Durán Leal, a través de apoderado judicial, interpuso recurso extraordinario **“especial”** de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 15 de noviembre de 1995, mediante la cual decretó la pérdida de su investidura como Concejal del Municipio de Salazar de las Palmas, invocando para ello el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, en cuanto a **“falta del debido proceso”**.

Sin embargo, es indispensable definir, en primer lugar, si en realidad en casos como éste es viable el recurso mencionado, pues si no lo es y resulta dándosele el trámite que la ley prevé para el **“recurso extraordinario de revisión”**, se provocaría un desgaste injustificado de jurisdicción que atenta contra el principio de economía procesal.

Es conveniente recordar que el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, que trata de la “Pérdida de la investidura de concejal”, reza en su último inciso, lo siguiente:

“La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, **en lo que corresponda**”. (Se subraya).

De igual manera, debe señalarse que el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, dispone:

**“Recurso Extraordinario Especial de Revisión.** Son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:

- a) Falta del debido proceso;
- b) Violación del derecho de defensa;
- c) No haberse agotado el procedimiento interno en la respectiva Corporación y proferido las declaraciones de ambas Cámaras conforme al trámite establecido en el Reglamento del Congreso contenido en la Ley 5ª del 17 de junio de 1992”.

Obsérvese que la remisión que hace la norma de la Ley 136 al juicio de pérdida de investidura de los Congresistas, se relaciona únicamente con el trámite que debe impartírsele a las demandas que persiguen ese resultado y no con otros aspectos, como por ejemplo el atinente al recurso extraordinario **“especial”** de revisión, pues la Ley 144 lo defiere de manera concreta y precisa para el **“parlamentario”**, y en principio, no es un tema que aparezca aplicable por extensión o analogía a otra clase de servidores públicos como los concejales. Así las cosas, la invocación que el recurrente hace de lo establecido en el literal a) del artículo 17 de la Ley 144, resulta improcedente.

Tampoco puede entenderse que el recurso interpuesto sea el **“extraordinario de revisión”** del artículo 188 del C.C.A., puesto que en tratándose de medios de impugnación de esta naturaleza las exigencias técnicas son y deben ser rigurosas, y además de que el recurrente no lo ha expresado así, lo cierto es que la norma en comento no prevé como causal la **“falta del debido proceso”**, en la que se apoya la censura del actor.

Por otra parte, es elemental que una cosa es que la ley consagre la aplicación de un trámite similar al del juicio que se adelanta en el caso de los congresistas para el de pérdida de investidura de los concejales, y otra bien distinta que tenga cabida el recurso extraordinario especial de revisión, que todavía no ha sido reglamentado en legal forma.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria,

#### RESUELVE:

Recházase por improcedente el “recurso extraordinario especial de revisión” interpuesto por el señor Rafael Durán Leal contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 1995 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se decretó la pérdida de su investidura como Concejal del Municipio de Salazar de las Palmas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase los documentos al recurrente sin necesidad de desglose, previa desanotación en los radicadores.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

## CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES

Estima la Sala, y con ello no se está sentado una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª, o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. No es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido. No hay razón para afirmar que no por haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo.

## CONFLICTO DE INTERESES / VINCULACION A PROCESO PENAL / GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO

Si bien es cierto procesalmente, en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe determinar es si el Senador que votó participó en la discusión de la ley, sabía que con ello resultaba beneficiado porque, como en el caso *sub examine* tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

**ENRIQUECIMIENTO ILICITO / NARCOMICO / PROYECTO DE LEY -  
Participación en el debate**

Conforme a la normatividad analizada de la Ley 5ª de 1992, sobre conflicto de intereses, la obligación del Congresista, cuando la decisión a tomarse la afectare de alguna manera, es la de declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivos. Entonces la transgresión de tal imperativo se configura en el momento en que el Congresista, que debió declararse impedido, participa en los debates o vota, con prescindencia de los resultados del debate o de la votación, pues ni la Constitución Política, ni la ley, regularon la pérdida de la investidura condicionándola a tales resultados.

**CONGRESISTA / INVIOABILIDAD DE OPINIONES - Excepción / SAN-  
CION DISCIPLINARIA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA**

El Senador demandado, también alega en su defensa que no violó el artículo 183 de la Constitución Política en su numeral primero, pues al intervenir en el debate en que se discutía el artículo cuestionado, hizo uso del derecho preceptuado en el artículo 185 *ibidem*, según el cual, los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo. Una excepción a tal inviolabilidad, consiste en la sanción disciplinaria de pérdida de la investidura consagrada en el reglamento del Congreso, cuando quiera que el congresista participe en los debates o vota, en lugar de haberse declarado impedido para hacerlo.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de 1996.

Magistrado Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz*.

Expediente número AC-3300.

Referencia: Pérdida de investidura del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo.

Actor: Emilio Sánchez Alsina.

El Ciudadano Emilio Sánchez Alsina presentó solicitud de pérdida de la investidura del Senador doctor Gustavo Espinosa Jaramillo acusándolo de haber violado el régimen de conflicto de intereses.

Los hechos esenciales de su acusación consisten en que el 13 de diciembre de 1995 el senador, en la sesión plenaria del Senado de la República, promovió y votó un proyecto de ley que textualmente dice: (por la transcripción deficiente que se hace en

la solicitud, la sala toma el texto de la Gaceta del Congreso del 20 de diciembre de 1995, folio 68):

“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta”.

Que el mencionado congresista participó en un tema que le estaba velado constitucionalmente y al efecto transcribe, tres párrafos, cuyo origen no dice, así:

“...El Conflicto de Interés como causal de la **pérdida de investidura** consiste según las disposiciones citadas, en participar en el trámite de asuntos que le están vedados por razones éticas, cuando lo procedente era declararse **impedido**, por tener interés directo en la decisión...”.

“...Participar en el sentido lógico y gramatical de la expresión tiene una significación dinámica, activa que se traduce en la ejecución de actos, en el desarrollo de actividad. Rechaza por lo tanto el entendimiento de actitudes omisivas o pasivas...”.

“...No es pues, según se deja explicado, la simple omisión de la actividad privada del congresista en el libro respectivo lo que estructura la causal de violación al **Régimen de conflicto de intereses**, sino su intervención en los debates y votaciones de leyes respecto de las cuales existan por parte de él, su cónyuge o compañero o compañera permanentes, sus parientes o socios de hecho o derecho, interés directo en su adaptación (sic)...”.

Que la norma transcrita “pretendía presumiblemente convertir el “enriquecimiento ilícito” en una conducta subalterna lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir que en la práctica estaría implicando la desaparición del “enriquecimiento ilícito”, ya que lo que se ha buscado

## SALA PLENA

con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es, sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar”.

Que “con dicho artículo del proyecto de ley, el senador de la referencia, presuntamente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito que entre otros adelanta la honorable Corte Suprema de Justicia, contra el mismo, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal”.

Que no obstante lo anterior el senador demandado no se declaró impedido lo cual era su obligación legal, moral y ética.

Que el objetivo buscado con el transcrito artículo fue algo habilidoso y subrepticio “toda vez que además no tiene ponente conocido lo cual indica que no fue algo accidental o desprevenido sino con un interés específico, claro e inequívocamente encaminado a beneficiar intereses propios”.

Cita como fundamento jurídico de su solicitud varias normas de la Constitución Política, de la Ley 5ª de 1992, de la Ley 144 de 1994 y del C.C.A.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

Por intermedio de su apoderado, el demandado negó que hubiera incurrido en conflicto de intereses, pues su actuación se limitó a cumplir con los deberes que los miembros de los cuerpos colegiados, de elección directa, tienen por mandato del artículo 133 de la Constitución Política, que les ordena actuar consultando la justicia y el bien común y se cumplió dentro del marco autorizado del artículo 185 de la misma; que la conducta atribuida al demandado en la solicitud condicionada al “presumiblemente”, “presuntamente buscó”, “al parecer”, solo es fruto del “se dice”, “se cuenta” que da origen al “rumor” y al “chisme”; que no es cierto que el censurado artículo no tenga ponentes conocidos; que sí los tiene, pero el senador demandado en ningún momento suscribió el proyecto.

Expuso las razones por las cuales no se presenta el conflicto de intereses así:

**Primera.** Que el senador demandado cuando intervino en el debate no estaba cumpliendo ningún encargo ilícito, ni patrocinando ninguna conducta antijurídica, ni buscaba suspender ningún proceso o interferir en los que en ese momento se adelantaban contra terceros por enriquecimiento ilícito; que es verdad que desde el 11 de agosto de 1995 supo, por oficio 2301 que le envió la Secretaría de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que en esa corporación cursaban “...unas diligencias preliminares en su contra radicadas bajo el número 10.738, remitidas por la Comisión de Fiscales...”, pero lo dicho allí nada significa desde el punto de vista penal, pues es bien sabido que no puede haber procesado sin proceso, ni persona alguna puede considerarse vinculada al mismo si no se le ha llamado a rendir indagatoria; que por tal motivo el demandado en el momento en que intervino en el Senado, desconocía el universo

que tenían las indagaciones preliminares reservadas, las cuales no son **proceso**, sino averiguaciones previas al proceso, preprocesales, existiendo la posibilidad de que la investigación no se abra; reitera que **procesado** es la persona vinculada al proceso mediante indagatoria o declaración de imputado ausente y al efecto cita a un tratadista; que aún en el caso del indagado, la presunción de inocencia lo acompaña durante todo el proceso y sólo se desvirtúa con la sentencia condenatoria ejecutoriada; que es como dicen los tratadistas un verdadero estado de inocencia y pretender que un Senador se declare impedido en la situación planteada, equivale a que renuncie a la presunción de inocencia.

“Implicaría una especie de confusión tácita de culpabilidad o de posible utilización del mecanismo favorecedor.”; en defensa de lo anterior transcribe un escrito aparecido en la Revista Semana del 6 de febrero de 1996, número 718, página 46 y a renglón seguido se refiere al debate en el Senado aquel 13 de diciembre, a partir de la interpelación del honorable Senador Alfonso Angarita Baracaldo, página 26, primera columna, para concluir transcribiendo apartes de una sentencia publicada en la Revista Judicial, Manizales, febrero de 1989, número 15, páginas 151-153, sobre “El rumor en materia penal”.

**Segunda.** Que el Senador demandado no violó el artículo 183 de la Constitución Política, en su numeral primero, por la circunstancia afirmada en la demanda que “...**al parecer...**”, él estaba siendo investigado para el 13 de diciembre de 1995, por la honorable Corte Suprema de Justicia “...por delitos que **eventualmente pudieran ser favorecidos con el proyecto de ley promovido y votado por el senador...**”, pues el demandado ignoraba esa circunstancia; que es curioso que solo el 14 de diciembre de 1995, el Senador demandado fuera informado por la Secretaría de la Sala Penal de la honorable Corte Suprema de Justicia, de la apertura de “...la instrucción del proceso adelantado en su contra...”; que en el debate parlamentario mencionado, el Senador demandado “tuvo cuidado de preguntar” al señor Fiscal:

“Presidente, señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta, “considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra **Fernando Botero** y contra **Juan Manuel Avella**, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares”.

Prosigue el demandado afirmando que reconforta la propuesta que el alto funcionario le dio, dentro de la siguiente óptica:

“De ninguna manera Senador Espinosa podrá usted conseguir que yo quiera pronunciarme al posible efecto de este artículo en las investigaciones que se adelantan con relación a determinadas personas... Pero no puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos **efectos** que, Senador Espinosa, **francamente sólo se podrán resta-**

**blecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho...";** que aquí cabe preguntar por qué causa, motivo o razón, si el Senador Espinosa Jaramillo no pudo saber que estaba en la lista que aparece en el "anónimo", mencionado cuando el Senador Angarita Baracaldo interpelló al señor fiscal, si no se le había comunicado hasta ese momento que la honorable Corte Suprema de Justicia había declarado "abierta la instrucción del proceso adelantado en su contra..." y si, finalmente, el mismo Fiscal General de la Nación no tenía la capacidad de pronunciarse sobre **los efectos** que el artículo proyectado podía producir, "¿por qué se le exige al demandado en este proceso un manejo de conducta **idealizado**? ¿Por qué se le demanda o exige que supiera lo que no podía saber, por no tener los elementos de juicio que en principio sí tenía la Fiscalía?. Y en este punto del análisis de conducta cuando ni el mismo demandante no puede decir nada con certeza" y por ello se limita a enjuiciarla con suposiciones, como "**presumiblemente** buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito..."; que a la luz de la realidad expuesta el demandado tiene también el derecho a exigir que tanto los particulares como sus jueces manejen respecto de su conducta **la presunción de inocencia y la buena fe**, principios respecto de los cuales transcribe jurisprudencia la Corte Constitucional.

**Tercera.** Que el senador demandado no violó el mencionado artículo 183; en su numeral primero, pues aun aceptando en gracia de discusión, que tuviera interés directo en la aprobación del proyecto de artículo, es lo cierto que en definitiva tal normatividad no fue aprobada. "**Así las cosas, el supuesto interés directo, por sustracción de materia, no se concretó**"; que ni en la Constitución Política, ni el artículo 286 de la ley 5ª de 1992 se define qué debe entenderse por **interés directo** y tampoco el Consejo de Estado se ha ocupado de agotar la materia; que es cierto que en el caso del Congresista, doctor César Pérez García, se ocupó del tema, pero frente a una realidad fáctica bien distinta, pues la Ley 30 de 1992 sí entró en vigencia, mientras que en el caso que ahora se estudia tal finalidad no se dio; cita a continuación lo que en sus salvamentos de voto dijeron entonces los Consejeros de Estado, doctores Juan de Dios Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, para concluir que, al menos por el momento, el honorable Consejo de Estado no puede decretar la pérdida de investidura parlamentaria por la causal denominada "conflicto de intereses", pues la **ley orgánica** que debe regular la materia, no se ha expedido; que de la lectura del artículo 286 de la ley 5ª de 1992, se deduce que el legislador tomó inspiración para su redacción en el artículo 150 del C. de P. C., donde se consagran las causales de recusación, precisándose en el numeral primero el "**interés directo o indirecto en el proceso**" del juez, su cónyuge o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, tema sobre el cual invoca una jurisprudencia de la Corte Constitucional; que en la Comisión de Conciliación se aprobó, con el voto del senador demandado, la supresión del artículo nuevo introducido al proyecto por el senado y que en el acta respectiva consta el reconocimiento expreso sobre la bondad en las intencio-

nes de los integrantes de ambas Cámaras y se transcribe lo dicho entonces por el Senador Jaime Arias Ramírez.

**Cuarta.** Aquí reitera el demandado que al intervenir en el debate hizo uso del derecho constitucional que le asistía y le asiste como senador, a la luz de lo preceptuado en el artículo 185 de la Constitución Política, que transcribió y se refiere a algunos apartes de su intervención; dice que si frente a proyectos de normatividad como la que ahora se censura por el demandante, los congresistas deben perder su investidura, no podrán ellos en el futuro votar ninguna ley tributaria, o de reforma urbana o agraria, porque siempre será posible vivenciar que con la normatividad general, impersonal y abstracta, algunos de los congresistas reportaron beneficio; que la valoración de conducta, en casos como el presente, lleva a releer a Ortega y Gasset y transcribe algunos pensamientos de ese autor.

Finalmente, en capítulo que denominó **antecedente histórico del artículo censurado**, se refiere a la expresión **obligatorio** contenida en el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, declarada **inexequible** en sentencia del 1º de abril de 1993 y destaca que en ese entonces el Ministro de Justicia justificó la constitucionalidad de la normatividad acusada y después de transcribir apartes de la intervención del Ministro pregunta por qué motivo, causa o razón lo que el Gobierno Nacional consideró sano y constitucional se convirtió para el Ministerio de Justicia en una “...**desviación conceptual de la misma estructura del Estado Social Democrático de Derecho...**” y culmina, criticando tal contradicción.

## AUDIENCIA PUBLICA

**El solicitante** inició su alegato leyendo dos apartes de la intervención del Senador demandado en la plenaria del Senado el día 13 de diciembre de 1995; afirmó que según las propias palabras del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, éste era consciente, más que consciente y así lo expresa en el debate cuando acepta su responsabilidad desde el punto de vista ético, cual es la intención que he querido yo demostrar a través de esas demandas; “y no habla de ningún otro tipo de sanción porque no corresponde a la Constitución Nacional hacer tipificación de delitos y no podía ser de otra manera porque esto corresponde a otras instancias judiciales”, agregó; prosiguió leyendo otro aparte de la intervención del senador en aquel debate; “así pues, que todo estaba orientado a obtener un beneficio de orden penal cual era favorecerse de las diferentes investigaciones que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra el Senador en ese momento. Y se ha debatido acá en el honorable Consejo de Estado si es procedente o no para despojar de su investidura el hecho de que éstos conocieran su investigación al momento del debate en el Senado del pasado 13 de diciembre de 1995. He de responder con la propia defensa que ha hecho el doctor Uribe Acosta. Y desde luego que el doctor Uribe Acosta habla en nombre de su representado y por tanto entiendo que está hablando el mismo senador, página 5ª de sus alegatos. Dice: Es verdad que desde agosto 11 del 95 supo por oficio número 2301 que le envió la

## SALA PLENA

Secretaría de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal que en esa Corporación cursaban unas diligencias preliminares en su contra radicadas bajo el número 10738 remitidas por la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de Fiscalías de Santafé de Bogotá. Así pues, que había pleno conocimiento de esta serie de investigaciones que le adelantaba la Corte Suprema de Justicia al doctor Gustavo Espinosa Jaramillo. Respecto a la otra controversia existente en el sentido de no haber ordenamiento legal en la cual se pueda subsumir esta demanda, basta agregar que la vigencia de la Constitución Nacional de ninguna manera puede regir hacia el futuro más sí su desarrollo legal. Son dos cosas absolutamente aparte. La Constitución del 91 rige a partir del momento de su sanción, otra cosa es que por alguna u otra circunstancia se haya delegado en la ley su tecnificación por llamarlo de esta manera, pero de ninguna manera vuelvo y repito, puede hablarse de que la Constitución del 91 no estaba vigente y por lo tanto no se aplica la consabida ley, que entre otras cosas no sé si le es chocante al Consejo de Estado, como va a encasillar cuestiones de orden moral y cuestiones de orden ético. Haría yo un parangón en esta proyectada ley, que desde luego tardará algunos años en ser debatida y aprobada por el Congreso de la República, en cuanto se refiere a las cuestiones de orden moral y ético, no sé cómo irá a numerarlas este tipo o esta serie de valores. Porque en mi sentir e igual a como acontece con los derechos fundamentales, de ninguna manera éstos pueden estar taxativamente por una ley. Estos argumentos solicito al honorable Consejo de Estado sean tenidos en cuenta como adicionales a la demanda que he presentado. En tal sentido reitero las peticiones de esta demanda, y solicito que el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo sea despojado de su investidura". A continuación el actor hizo algunas consideraciones políticas y otras sobre la demanda, y citó al escritor Gabriel García Márquez.

**El señor Agente del Ministerio Público**, se refirió a los hechos de la demanda; posteriormente planteó que como del estudio integral de aquella no se desprende acusación alguna respecto a la violación de régimen de inhabilidades e incompatibilidades señaladas en la Constitución Política para que proceda la declaratoria de pérdida de la investidura del demandado, su intervención se contraerá, exclusivamente, al análisis del posible conflicto de intereses que pudo haberse suscitado por el hecho de haber votado el senador un artículo nuevo, introducido en el Proyecto de ley 168 de 1995 Senado, 129 de 1995 Cámara, que leyó.

Luego se refirió a la contestación de la demanda y a los hechos que estaban probados en el proceso; que entre las limitaciones que tiene el honorable Consejo en el conocimiento de estos asuntos, está el cumplimiento del debido proceso, que no se cumpliría en este caso, porque no existe un régimen legal respecto de las situaciones de carácter moral ni de las recusaciones que a él darían lugar; y al respecto hizo un análisis de algunas normas de la Constitución Política, de la Ley 5ª de 1992, del C. de P.C., del C.C.A. del C. de P.P. y de la Ley 144 de 1994; dice que los artículos 182 de la Constitución Política, 286 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994, son normas en blanco "las que por ser incompletas violan el principio constitucional de

legalidad de la falta y de la sanción”; se refirió a las consecuencias de la naturaleza disciplinaria del proceso de pérdida de investidura, para concluir que la legalización y tipificación de la falta son garantías “que impiden el ejercicio arbitrario de la potestad disciplinaria por quien actúa en función administrativa o jurisdiccional”; analizó por qué el código disciplinario único constituye un avance legislativo e hizo una referencia conceptual a las normas en blanco, relacionada con el conflicto de intereses y terminó su intervención desarrollando el tema de la no definición legal sobre el “interés directo”, resumiendo que la pérdida de la investidura por el aspecto moral requiere de causales específicas que aún no han sido expedidas por el legislador y solicita que se despachen desfavorablemente las peticiones de la demanda.

**El señor apoderado del demandado**, en lo esencial, dijo que se ve obligado por lo que se ha dicho en la audiencia a hacerle una “laparatomía” al llamado mico, que se orientaba ni más ni menos, que a recoger una jurisprudencia actualmente vigente sentada por la Corte Constitucional y que la acaba de reiterar al bendecir el estatuto de justicia, en donde se precisa que no se puede cometer un delito de enriquecimiento ilícito por particulares, si previamente la persona de la cual uno recibe el enriquecimiento no está condenada, y puso un ejemplo; que el demandante decía bien que el país estuvo todo en el narcotráfico; en este punto, citó varias hipótesis de relaciones bancarias, sociales, políticas y económicas con presuntos narcotraficantes, para terminar preguntando que si se va a llevar a todas esas gentes a la cárcel? Afirma que la Corte Constitucional en el fallo del 93 fue muy sensata, jurídicamente sólida, cuando le impartió su bendición al Decreto 2266, que recogía la filosofía de lo que es el enriquecimiento ilícito; leyó la norma y prosiguió: Y la Corte al declararla constitucional, qué precisión con relación de causa a efecto le puso o estampó para que dijese que la norma se ajustaba a derecho, dijo: La expresión “de una u otra forma” debe entenderse como incremento patrimonial no justificado derivado de actividades delictivas en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva, tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órganos legales. Sólida la argumentación de la Corte, porque es inusitado que el particular resulte condenado cuando imploró la caridad del supuesto narcotraficante o de la supuesta empresa de fachada. Es necesario que condenen a quien da el auxilio y si después de esa circunstancia viene una negociación, en hora buena, puede haber lavado de dólares, puede haber una circunstancia antijurídica. Pero antes ¿con qué filosofía? Pues bien, convertir en norma esta filosofía jurídica de la Corte Constitucional dio lugar a todo este embrollo en que vive hoy el país, y que ya lleva dizque a hablar de ley de punto final. Que la solución está dada por la Corte Constitucional, conforme a la cual no se puede condenar a ningún colombiano que haya recibido auxilios o donaciones o haya comprado un carro, o una casa o una finca a un supuesto narcotraficante, porque ese supuesto narcotraficante todavía no está condenado. Que la Corte Constitucional acaba de reiterar esa filosofía en el sentido de que cuando hay una ilación perfecta entre los considerandos y la parte

## SALA PLENA

resolutiva, eso forma cosa juzgada. Querrá el Consejo de Estado más precisión, más conexión entre los considerandos y la parte resolutiva, que la Corte Constitucional hace cuando dice que es necesario que la actividad delictiva deba estar judicialmente declarada. Que sí hay conflicto de intereses porque unos parlamentarios desean que se vuelva norma legal lo que ya dijo la Corte Constitucional y ésta ayer o antier reiteró esa filosofía, entonces el mal está en la Corte Constitucional y, a mi juicio, no lo está. La Corte está acertada. Que si fuera posible manejar un conflicto de intereses dentro de ese marco sutil con que se quiere manejar o se quiere presentar, tendríamos entonces que los honorables Parlamentarios no podrían, no habrían podido dictar la Ley 5ª ni la Ley 144. Porque en la Ley 5ª y en la Ley 144 ellos tuvieron el control de la normatividad. Que ellos no podrían entonces haber expedido las excepciones a las incompatibilidades de los congresistas, (analizó algunas), ni hacer la ley orientada a regular todos los aspectos que la Constitución establece, porque ya caerían en el régimen de conflicto de intereses. Que en el examen de la conducta humana, el doctor Espinosa tiene una conducta clara en este problema y al respecto se refirió a la interpelación que hizo al Fiscal el Senador doctor Angarita Baracaldo, cuando se discutía en el Congreso el llamado narcómico, en términos similares a los expuestos en la contestación de la demanda (fl. 31) e igualmente a la pregunta que le formuló el doctor Espinosa al mismo Fiscal (fls. 34 y 35). Que no se puede suponer que uno sea delincuente ya que existe una normatividad Constitucional que predica que se presume la inocencia, la buena fe, etc. Elogió el concepto de la Procuraduría, no porque le fuera favorable al cliente, sino porque invita a la reflexión. Pero yo me puse a estudiar un poco más ese llamado conflicto de intereses. Y esa expresión de qué es el interés directo. Al respecto, relató que la doctora Consuelo Sarria Olcos citando a Alejandro Nieto, sostiene que esa figura es inútil. Que es obvio que falta una ley que diga qué es el interés directo. Dirigiéndose al Consejero ponente: en mi escrito de contestación de la demanda, yo digo que en el momento es el mismo parlamentario el que precisa a la luz de su conciencia, si allí se está discutiendo algo que pueda molestar, que pueda violar la ley. Algo parecido a lo que ocurre con los jueces, con los magistrados. Y no hay más orientación. Es un aspecto muy subjetivo, es un aspecto muy difícil de manejar y por lo mismo será la ley la que precise en forma clara, lo que es interés directo. Que es indiscutible que el país está en crisis; y habló sobre la crisis que afecta por primera vez, a las tres ramas del poder público. Que el doctor Espinosa, y yo le pido al honorable Ponente que ponga mucho cuidado, sabía de las investigaciones preliminares mucho antes de votar el famoso narcómico. Pero, las investigaciones preliminares son mucho y no son nada, uno no sabe por qué lo están investigando, si lo van a investigar, si le van a abrir proceso, si no se le va abrir proceso. Pero el día 13 de diciembre del 95, el mismo día en que el doctor Espinosa tuvo el valor de hablar claro en el Senado, le llegó un oficio, mejor, calendaron un oficio, Patricia Salazar Cuéllar, Secretaria, que el doctor Espinosa recibió el 14. Aquí está el sello del Senado en que el doctor Espinosa recibió esto el 14, en donde le anuncian que en relación con su problemática, se declaró abierta la instrucción del proceso adelantado. Aquí está al folio 52 para que si se van a manejar aspectos sutiles de proceso distinguiendo investigaciones preliminares, indagatoria, etc., se tenga en cuenta esa circunstancia de que

mi patrocinado sólo se enteró el 14. Leyó a Ortega y Gasset y para terminar leyó lo que se describe como mensaje para los jueces de Juan Arias.

Surtido el trámite de ley, procede la Sala a decidir, previas las siguientes

## **CONSIDERACIONES:**

### **1. CALIDAD DEL DEMANDADO**

Se demostró que el ciudadano Gustavo Espinosa Jaramillo, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.230.732 fue elegido Senador de la República en las elecciones del 13 de marzo de 1994, por el Partido Liberal Colombiano, para el período 1994-1998 (fl. 15).

Su posesión se infiere, necesariamente, de ser llamado a lista en aquella Corporación (fl. 61).

### **2. LA PERDIDA DE INVESTIDURA Y EL CONFLICTO DE INTERESES**

#### **a) Su regulación normativa.**

Recuperar el prestigio del Congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello, se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

Dentro del marco de la democracia participativa el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos, el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través del cual se hace efectivo el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien lo desconozca.

Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, constituye pilar fundamental de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3 de la Carta de 1991.

En este sentido, la Comisión tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe - Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

“...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró...” Gaceta Constitucional, número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 17.

Y en relación con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma que:

“5.3 Conflicto de interés: Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la corporación sus posibles motivos de conflicto de interés”. Gaceta Constitucional número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, pág. 16.

Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

“Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara, sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos”.

Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

“Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador, expedir la reglamentación relacionada con los conflictos de intereses y las recusaciones, por expreso mandato constitucional; y aunque no fue incluido en alguno de los proyectos iniciales del Reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador expidió la **Ley 5ª de 1992** en cuyo Capítulo Undécimo titulado **Del Estatuto del Congresista**, luego de regular en su Sección Primera, entre otros aspectos, lo atinente a los **derechos y deberes de los congresistas** así como en la Sección Segunda las **Inhabilidades** y en la Tercera las **Incompatibilidades**, en la Sección Cuarta conformada por los artículos 286 a 295, se ocupó del **Conflicto de Intereses**, para regular finalmente, en la Sección Quinta, la **Pérdida de la Investidura**.

Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, que como se sabe contiene el Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador doctor Orlando Vásquez Velásquez, afirma:

“11.5 Pérdida de la Investidura

En la Sección 5ª, Capítulo Undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 al 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura

congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

“Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

“Son estas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

“Pero, es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los Congresistas?

“En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante: son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

“Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución. Veamos.

“Son en realidad, siete (7) causales de pérdida de la investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas”

“a) Violación del régimen de inhabilidades.

“b) Violación del régimen de incompatibilidades.

“c) Violación del régimen de conflicto de interés.

“d) Indebida destinación de dineros públicos.

“e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas.

“f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarias en las que se voten proyectos de Acto Legislativo o de ley o mociones de censura.

“g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueron llamados posteriormente a posesionarse.

“El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano; debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

“Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incurso en algunas de estas causales:

## SALA PLENA

una ley orgánica, de carácter reglamentario como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (arts. 151 y 152 ord. 3 C.N.).

“El primer aspecto se desarrolla en la presente ley, dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el Congresista. Y el segundo debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República”. (Se subraya).

(REGLAMENTO DEL CONGRESO, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santafé de Bogotá, D. C., 1992, pág. LIII, LIV, LV).

Los artículos 286 a 295 de dicha ley, dispusieron textualmente:

“Artículo 286. **Aplicación.** Todo Congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

Artículo 287. **Registro de intereses privados.** En cada una de las Cámaras se llevará un libro de registro de intereses privados en el cual los Congresistas consignarán la información solicitada con su actividad privada. En ella se incluirá la participación en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares, o en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro de la cual haga parte, en el país o fuera de él.

Artículo 288. **Término de inscripción.** Los Congresistas deberán suscribir sus intereses privados en el registro dentro de los primeros treinta (30) días del período constitucional, o de la fecha de su posesión.

Artículo 289. **Publicidad del registro.** El Secretario General de cada una de las Cámaras hará público el registro, y lo expresará, además, en la *Gaceta del Congreso*.

Artículo 290. **Modificación del registro.** El cambio que se produzca en la situación de intereses privados de los Congresistas, deberá inscribirse en el registro dentro de los treinta (30) días siguientes a la protocolización del cambio.

Artículo 291. **Declaración del impedimento.** Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.

Artículo 292. **Comunicación del impedimento.** Advertido el impedimento, el Congresista deberá comunicarlo por escrito al Presidente de la respectiva Co-

misión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.

Artículo 293. *Efecto del impedimento.* Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo Presidente excusará de votar al Congresista.

La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del párrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el Congresista.

El Secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.

Artículo 294. *Recusación.* Quien tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún Congresista, que no se haya comunicado oportunamente a las Cámaras Legislativas, podrá recusarlo ante ellas. En este evento se dará traslado inmediato del informe a la Comisión de Ética del Estatuto del Congresista de la respectiva Corporación, la cual dispondrá de tres (3) días hábiles para dar a conocer su conclusión, mediante resolución motivada.

La decisión será de obligatorio cumplimiento.

Artículo 295. *Efectos de la recusación.* Similar al del impedimento en el artículo 293”.

Posteriormente, la Ley 144 de 1994 “por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas”, en su artículo 16, estableció que los Congresistas que durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, tienen la obligación de comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si ellos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos. Este artículo 16 consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces, en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (art. 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992), artículo aquél, que fue declarado ajustado a la Constitución mediante Sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

#### b) **Antecedentes jurisprudenciales**

Desde su consagración constitucional el Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses. Son ellas:

**Sentencia del 1º de diciembre de 1993**, Expediente AC-632, Consejero Ponente doctor Miguel Viana Patiño. Se precisó que el no registró de los intereses priva-

## SALA PLENA

dos en el libro de respectivo, a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.

**Sentencia del 20 de enero de 1994**, Expediente AC-796, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora y Cosuelo Sarria Olcos.

**Sentencia del 24 de marzo de 1994**, Expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor Jaime Ábella Zárate. Allí textualmente se dijo:

“En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de ‘conflicto de intereses’ por falta de ley que la desarrolle según previsión del artículo 182 de la Constitución.

“El solo artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al ‘bien común’ al cual deben ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podía tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

“Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta”.

Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

**Sentencia del 26 de julio de 1994**, Expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva. Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo.

Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta y sin salvamentos de voto.

**Sentencia del 4 de agosto de 1994**, Expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. Reitera expresamente la tesis sostenida en la senten-

cia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, Expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Julio César Uribe Acosta y Joaquín Barreto Ruiz, estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.

**Sentencia del 23 de agosto de 1994**, Expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 "...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses" y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta.

**Sentencia del 9 de septiembre de 1994**, Expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. Allí se dijo textualmente:

"Tampoco la Sala haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud; encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5 de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994".

**Sentencia del 6 de febrero de 1996**, Expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff. Se decidió con fundamento en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

La anterior relación permite precisar cómo, la tesis mayoritaria reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

### c) Precisiones de la Sala

De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual considera oportuno hacer las siguientes precisiones.

Primera. Se trata, en el caso de los Congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y en la Ley 144 de 1994, artículo 16.

Segunda. El impedimento para que el Congresista actúe se presenta por razones ya de índole moral, ya de índole económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto se expresa que él presenta "cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecte de alguna manera".

## SALA PLENA

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, el impedimento debe ser declarado y, cuando ello no suceda, debe ser puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación.

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que nuestro ordenamiento jurídico ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está sentando una tesis de última hora, que no es necesario, ni conveniente, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia de un conflicto de interés de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento consagrada en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de ...texto ilegible... tiempo y en espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

“Procede entonces la causal invocada por uno de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los magistrados si fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

“Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del ‘interés en el proceso’ a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> GACETA JUDICIAL. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, D. E., 10 de noviembre de 1987. Magistrado Ponente Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Acta No. 72, de octubre 27 de 1987. Pág. 463.

Por lo anterior, no es admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés respecto a los Congresistas, cuando éste tiene connotación económica.

Tercera. Tampoco es admisible el argumento de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los Congresistas impera la ética de que todo está permitido.

No hay razón para afirmar que por no haber sido establecido por el legislador un catálogo o listado de todas las conductas que puedan dar lugar a que se tipifique el conflicto de intereses de índole moral, ello se traduzca en la imposibilidad de aplicarlo. Pues lo cierto es, que:

a) La Carta exige que los congresistas pongan en conocimiento de la respectiva cámara “las situaciones de orden moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración”.

b) El artículo 286 de la Ley 5ª les exige que se declaren impedidos cuando exista “interés directo en la decisión porque les afecte de alguna manera” a ellos o a sus más próximos familiares o a sus socios.

c) Se encuentra prevista la autoridad encargada de estudiar y pronunciarse sobre la procedencia del impedimento o de la recusación en caso de que aquél no sea manifestado espontáneamente.

d) Existe un procedimiento para darle curso a las solicitudes de desinvestidura, contenido básicamente en la Ley 144 de 1994.

e) Con excepción de los anexos de la solicitud, la Ley 144 de 1994 no regula lo concerniente al régimen probatorio. Tampoco lo hace la Ley 5ª de 1992.

Así, el asunto queda gobernado por el Título XXI del C.C.A., entre cuyos mandatos está el artículo 168 *ibidem*, a cuyas voces, en los procesos ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo se aplicarán en cuanto resulten compatibles con las normas de ese código, las del procedimiento Civil, en lo relacionado con la admisibilidad de los medios de prueba, forma de practicarlas y criterios de valoración.

En consecuencia, el régimen probatorio es el contenido en el Título XXI del C.C.A. y el Título XIII del C. de P. C.

f) Existe un juez encargado de fallar los procesos de desinvestidura cual es el Consejo de Estado, por disposición de stirpe constitucional.

## SALA PLENA

Todo lo anterior constituye, a no dudarlo, el régimen del conflicto de intereses que echan de menos el distinguido colaborador fiscal y el señor apoderado del demandado, que los lleva a sostener la inaplicación del conflicto de interés originado en asuntos de índole moral.

Cuarta. El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley “exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al Congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho”. Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen.

Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa, kantianamente hablando.

La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones familiares, sociales y políticas, conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses que se le presenta frente a una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para él todo lo es también para la parte, aún así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contrariaría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado).

Por ello, para evitar que se dé una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, ya sea mediante sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertido el conflicto, lo haga manifiesto mediante la declaratoria del impedimento, ora por iniciativa de terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación.

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, por la vía de la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Respecto de los miembros del Congreso, tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y “deberá declararse impedido para participar en los debates o votaciones respectivas”.

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses, la Carta de 1991 consagra para ellos la sanción de pérdida de investidura.

Quinta. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución, cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses, tendrá lugar cuando quiera que el Congresista haya participado “en los debates o votaciones respectivas” sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 de la Constitución y 286 de la Ley 5ª de 1992.

El senador alega en su defensa que no existía proceso penal en su contra, en cuanto no se le había notificado formalmente de las diligencias preliminares que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra él, ni se le había vinculado formalmente mediante indagatoria, ni conocía el contenido de las referidas diligencias, razón por la cual no se encontraba impedido para votar el proyecto de ley y concretamente el “nuevo artículo” tantas veces mencionado.

A juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido, toda vez que si bien es cierto procesalmente, en materia penal puede afirmarse que el inculpado no se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que se debe determinar es si el senador que votó o participó en la discusión de la ley, sabía que con ello resultaba beneficiado porque, como en el caso *sub examine* tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

Sexta. El Senador demandado se ha acogido a los salvamentos de voto de los Consejeros, doctores Juan de Díos Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, en el expediente AC-796 en cuya sentencia se decretó la pérdida de la investidura del Congresista, doctor César Pérez García, quienes expusieron que la Ley 5ª de 1992 no puede contener el régimen de conflicto de intereses de los Congresistas, habiendo agregado el primero, que si el conflicto de intereses conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del Congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que estableció el constituyente por una ley estatutaria conforme al artículo 152, numeral a), la cual tiene un procedimiento y unos contenidos distintos a la ley orgánica que aplicó el fallo.

Tal argumento no ha convencido a la Sala, al tener en cuenta que el alcance de la ley estatutaria que gobierne **los derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección**, a que se refiere

## SALA PLENA

el literal a) del artículo 152 de la Constitución Política, tiene que ver, por lo que atañe con los primeros, con los denominados **derechos humanos**, predicables de toda persona residente en Colombia, materia dentro de la cual no se entendería cómo podría estar regulado el tema del conflicto de intereses de los Congresistas.

### **3. EL CONTEXTO DENTRO DEL CUAL SE DESARROLLO LA DISCUSION Y APROBACION DEL ARTICULO CUESTIONADO, EN LA SESION DEL 13 DE DICIEMBRE DE 1995**

Como se dijo, el asunto sometido al juzgamiento de la Sala hace relación con un supuesto conflicto de intereses en que pudo haber incurrido el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, por razón de haber participado en el debate y votado el artículo transcrito al comienzo de esta ponencia, el día 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República.

Para la Sala es de especial trascendencia hacer claridad acerca de los supuestos fácticos que sirven de base a la solicitud de pérdida de la investidura del citado senador, y así determinar si incurrió o no en el conflicto de intereses, determinar qué fue lo acontecido en la Sesión Plenaria del 13 de diciembre de 1995, y cuál fue la actitud de los senadores que participaron y votaron en uno u otro sentido, respecto al artículo objeto del debate.

¿Cuál fue el grado de conocimiento que tuvo el senador demandado sobre el alcance, finalidades y trascendencia del referido artículo presentado por 45 senadores?

Para establecerlo es indispensable adentrarse en los pormenores del debate en cuestión con el ánimo de indagar, en cuanto las actas lo permitan, la realidad de lo sucedido.

A ello procede la Sala con fundamento en lo que narra el acta número 35 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en el número 479 de la Gaceta del Congreso, correspondiente al 20 de diciembre de 1995:

Según se lee en ella, por Secretaría se da lectura al mencionado artículo nuevo suscrito por 45 senadores:

El debate se inicia, con la intervención del Senador Motta Motta en defensa del proyecto de artículo y con la del señor Ministro de Justicia en la que formula reparos de orden constitucional a la iniciativa; prosigue con intervenciones de diversos senadores, entre las cuales la Sala destaca las siguientes, que de alguna manera contribuyen a dilucidar los interrogantes que anteriormente se dejaron planteados:

#### **Palabras del honorable Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado:**

Ya desde el comienzo de su intervención el senador plantea su inquietud no sólo por la forma intempestiva que se presentó el proyecto en la plenaria, sino por sus posibles relaciones con las investigaciones que se adelantan sobre dineros que se utilizaron en las elecciones y que pudieron provenir del narcotráfico. Expresó el orador:

«...por lo menos consten las palabras de un senador que se opuso a este artículo nuevo añadido y según mi concepto artificiosamente añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de la justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en estos momentos el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría (sic) en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico». (pág. 18).

Para a renglón seguido plantear de manera clara, expresa y categórica que debe establecerse plenamente la relación existente entre la norma propuesta y el proceso 8.000:

“... y hablemos claro honorables senadores y yo voy a concluir mi intervención señor Presidente y pido que le dé la palabra al señor Ministro pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria hoy: para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura, porque dándome el principal *mea culpa*, yo sí que me arrepiento porque me los señalaron oráculos más altos que mi duelo (sic) ciertos textos que voté aquí en la legislatura pasada relacionados con el procedimiento penal y que sólo sirvieron para amparar narcotraficantes, pero bajo ese velo ahí la que sufre es la justicia colombiana porque es la que se encuentra coja y manca para aplicar el derecho penal sustantivo a quienes violan la ley penal colombiana, porque le voy a preguntar señor Ministro; si en la coyuntura que está viviendo el país la aprobación de este texto tiene algunas consecuencias para que lo votemos sabiendo cuales son las consecuencias de coyuntura inmediata cada uno de los Senadores y para que no digamos como digo yo en relación con otros textos que aprobé aquí, desafortunadamente le di fe a quienes me lo explicaron, a quienes me dijeron que eso serviría para que los carteles se entregaran, para que hubiera reconciliación, para que no hubiera más actos terroristas en el país y desafortunadamente fallamos, porque lo que vemos, es que la que quedó coja y manca repito, es la justicia colombiana” (página 19).

Y en cuanto a la inconveniencia e inconstitucionalidad de hacer obligatoria la doctrina constitucional de la Corte expreso:

“No me venga a decir a mí que la Corte Constitucional puede casi que establecer parámetros constitucionales en las partes motivadas de sus fallos; la Constitución dejaría de ser este pequeño libro, que a muchos les parece un libro bastante grueso, para convertirse en casi todos los tomos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero además, le estaríamos dando la facultad para que modificara la Constitución y legislara esto sería, ahí sí decir que dentro de esta galería de

eunucos a los cuales se refirió en una oportunidad el señor Ministro de Justicia, el más eunuco entre los eunucos y el que se constituye en auto eunuco es precisamente el Congreso de la República porque aquí estamos aplicando (sic) de nuestra capacidad de legislar y le estamos diciendo mediante un proceso aprobado por las dos cámaras si llegare a pasar en las dos Cámaras, a la Corte Constitucional, legisle esto es suyo» (pág. 19).

Pero todavía de manera más explícita, el orador que impugna el proyecto cuestionado, se dirige a sus colegas que pudieran estar vinculados al proceso 8.000 para señalarles que el artículo en cuestión los puede favorecer y que si son inocentes no deberían aceptar una amnistía y llama la atención de que podría estarse legislando con nombre propio. Dijo el Senador Giraldo:

“...yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en este proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables senadores cuando veo en los curules a unos estimados colegas, que cuyo texto transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía; cuando hay inocencia, no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Esto se impone por sí solo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso cuyo prestigio desafortunadamente está descaecido. (pág. 19).

Para finalizar su intervención con la siguiente admonición, sobre las consecuencias que traería para el Congreso la aprobación de una iniciativa como la propuesta:

“...pero este ciertamente no es el canal para llegar a la opinión pública y mucho me temo que la oleada de la opinión al aprobar este texto cuando los medios de comunicación se lo expliquen en sus consecuencias y cuando nos lo explique aquí el señor Ministro de Justicia, la oleada va a ser tal que va a arrollar la opinión pública al propio Congreso, va a pedir inclusive al (sic) cierre de este Congreso, no nos va a tolerar que en momento tan decisivo para la Nación en donde están en juego tantas investigaciones estemos legislando para la coyuntura” (pág. 19).

### **Palabras del honorable Senador Eduardo Pizano de Narváez**

La intervención del Senador Pizano también se orienta a llamar la atención sobre las trascendencia que tiene el artículo propuesto y sobre las repercusiones que sobre el país y la imagen del Congreso arrojaría tal actuación, para finalizar anunciando su voto negativo y el de los senadores de la Nueva Fuerza Democrática:

“...y yo sí quisiera llamarle a todos los senadores que están presentes en el día de hoy para que sepan que con el voto que configuren en el día de hoy se está

jugando el futuro de esta institución que es el Senado de la República, no crean que es cualquier artículo adicional el que se está jugando en el día de hoy, es el futuro de la institución que todos representamos, que todos vinimos aquí al Congreso a trabajar por los intereses de la Nación y que lo que se vote en el día de hoy va a tener unas grandes repercusiones sobre el país, sobre la imagen del Congreso y sobre sus actuaciones y por eso le pido a cada uno de los senadores que se pongan la mano en el pecho y piensen muy claro qué es lo que van a votar en el día de hoy porque no es cualquier cosa que se vote en el día de hoy, me da mucha tristeza decirlo, pero yo quisiera y veo con tristeza que ninguno de los senadores que propusieron la proposición venga a defenderla y venga y nos plantee por qué razón indudablemente se quiere cambiar el espíritu de la Constitución en la forma como se está pretendiendo en el día de hoy;" (pág. 20).

**Palabras del señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento:**

En este rastreo que hace la Sala para determinar qué tanto nivel de conocimiento, qué tanta información se analizó en el debate respecto de las consecuencias, alcance, finalidades y trascendencia del proyecto, y sobre todo, qué relación directa o indirecta pudiera tener el artículo discutido con las investigaciones por delitos de enriquecimiento ilícito, llama la atención de la Sala el siguiente aparte de la intervención del señor fiscal, en el cual, inclusive apelando a ejemplos sobre casos concretos expone su opinión sobre los que serían los efectos que sobre tales investigaciones tendría la aprobación del artículo referido, en la medida en que dejara de considerarse el enriquecimiento ilícito como delito autónomo. En efecto, dijo a este respecto el Fiscal:

"...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas, para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas".

"Pero hay otras circunstancias muy interesantes que también deben ser consideradas, por ejemplo, en el caso de la prescripción, y me refiero por ejemplo al señor Lehder, es muy curioso, prescribió la investigación contra él, claramente demostrado la comisión de ese delito, pero bueno, como no se pudo probar entonces todos los que se enriquecieron y todos los testaferros de Lehder, quedan libres?

"Este sería el caso de aprobarse este artículo, no eso es un imposible, eso sería, absurdo...".

"...de aprobarse este artículo, bueno quien quita que a alguien se le ocurriera para librarse de unas investigaciones, mandar a liquidar a esa persona, eso no lo quiero ni pensar, pero es una atrocidad, y puede ser así porque es la manera de librarse del delito, ¿de cuál delito? del enriquecimiento ilícito por ejemplo, no, esto

es absurdo, yo creo sinceramente que se cometería un gran error de aprobarse este artículo...” (pág. 23).

**El Senador Gustavo Espinosa Jaramillo en una interpelación al Señor Fiscal, expreso:**

**“Presidente, Señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta, ¿considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Abella, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares?”**

(Gaceta # 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 23).

Posteriormente y para responder una pregunta que le formulara el Senador Jaime Dussán Calderón en el sentido de si el artículo propuesto “lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas y se están investigando”. El Fiscal respondió de la siguiente manera:

“Pero no puedo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aún absurda esta decisión en estos momentos” (pág. 25).

**Palabras del honorable Senador Carlos Eduardo Corsi Otálora:**

También es de significación la posición expresada por este senador cuando plantea sus dudas acerca de la constitucionalidad del proyecto del artículo nuevo y anuncia su voto negativo:

“Gracias señor Presidente, la verdad es que un artículo que acabo de conocer y leyéndolo con cuidado me doy cuenta que si se ha de discutir alguna vez este artículo, debe ser primero que todo en la comisión y con un debate muy abierto, con expertos en la materia y no ahora, ahora debe negarse, veo que lleva implícito un cambio en la estructura jurídica del Derecho que ha regido al país nosotros tenemos una estructura del Derecho Romano que a través del Francés y del Español es el colombiano”.

“...de manera que anuncio mi voto negativo y le pido al Congreso pues que no nos embarquemos en esta aventura sin saber bien en qué estamos” (pág. 27).

### **Palabras del honorable Senador Mario Uribe Escobar:**

El Senador Mario Uribe Escobar interviene en defensa de la constitucionalidad y de la conveniencia del artículo en discusión y censura a quienes lo atacan diciendo:

“...y yo hago esa claridad porque sería inadmisibles que pretendiera satanizarse al Congreso, pensando que se propuso una norma que tiene a favorecer narcotraficantes que, y si no díganlo, díganlo y díganlo con toda libertad, porque aquí queremos proceder con absoluta transparencia”. (pág. 31).

Ante lo cual interpela el Fiscal General, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, para responder que:

“Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este artículo sí los afecta, sí los afecta, indiscutiblemente honorable Senador, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual, ese artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí, absolutamente inconveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea, si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino hablé (sic) ahora, sí lo afecta” (pág. 31).

Nuevamente en el uso de la palabra el Senador Mario Uribe Escobar expresa que:

“...yo voy a terminar mi exposición señalando lo siguiente, yo me retiro tranquilo de este estrado, porque no es este Congreso el que pretende favorecer a los narcotraficantes, tal vez se pueda inferir de sus palabras que es la Corte Constitucional la que quiere favorecer a los narcotraficantes y señor Ministro, usted tiene por allí por favor el texto de la sentencia que estoy aludiendo, si es tan amable usted me disculpa, puede ser la Corte Constitucional la que quiere favorecer narcotraficantes allá ellos, es una sentencia que dice, yo supongo que es a esto a lo que se refiere el señor Fiscal, es una sentencia en relación con el Decreto 1895 tal que dice,..”. (página 31).

### **Palabras del honorable Senador Gustavo Espinosa Jaramillo:**

Por ser el Senador Espinosa Jaramillo la parte demandada y ser por ende su conducta objeto de juzgamiento en el caso *su blite*, se procede a transcribir en su integridad su intervención final en el debate. Dijo el Senador Espinosa:

“Honorable Senadores, mi exposición será muy breve porque la docta, profunda y experta posición del Senador Mario Uribe me releva de entrar en el tema constitucional. Hace mucho tiempo, más de un año, me hice el propósito de nunca más referirme al tema del enriquecimiento ilícito, porque fui víctima de la

más monstruosa deformación que se haya hecho alguna vez contra un proyecto de ley, todavía en algunos periódicos escriben unos periodistas que el senador fulano de tal propuso la supresión del delito de enriquecimiento ilícito, otros dicen que yo propuse la supresión del delito y de la pena y que además propuse la supresión del testaferrato.

Eso nunca fue cierto porque el delito y la pena se contienen en el Código Penal y los procedimientos para investigar y juzgar se contienen en el Código de Procedimiento Penal, yo propuse la reforma de un artículo del Procedimiento Penal y nunca se pudo agotar la discusión porque fue absolutamente imposible por una extraña razón se deformó todo el tema y muchos, que nunca leyeron el texto, hoy en día siguen hablando como expertos sobre enriquecimiento ilícito, lo que hoy ha venido aquí a aparecer traído discretamente por el Senador Luis Guillermo Giraldo y por el señor Fiscal en el mismo tema, porque no tuvimos el valor de enfrentarlo públicamente y quizás yo fui el primer cobarde que llegué a la conclusión de que era inútil cualquier esfuerzo por defender el texto real y dejé avanzar la mentira y hoy padecemos la misma mentira, se sigue hablando de normas que no son, de delitos que no existen, de conductas que no estamos contemplando de intenciones que no teníamos y que no tuvimos nunca.

Yo no firmé esa proposición, los honorables Senadores discretamente ciertos temas no me los muestran porque saben que soy un senador maldito, castigado y destruido social y políticamente por aquel proyecto que presenté con la absoluta buena fe y que si hoy es el caso puedo explicarlo en los 7 contenidos fundamentales de los cuales dos ya los resolvió la Corte Constitucional y los otros 5 están contenidos en la Ley 190, la misma que este Gobierno llama con tanto orgullo hecha por el Congreso y reclama como propia el Estatuto Anticorrupción.

Pero vengo al tema, por qué, por qué razón cuando se discute este tema que es constitucional y altamente técnico, como lo acaba de demostrar el Senador Mario Uribe, por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman proceso 8.000, el señor Fiscal no lo ha dicho explícitamente pero implícitamente dice sí, si se aprueba va a perturbar un poco de procesos que están en marcha, se está refiriendo es al proceso de Fernando Botero y de Juan Manuel Abella, de eso es que se trata, honorables Senadores, pero por qué se asusta la Fiscalía de que se apruebe este artículo, por qué se asusta de que la ley dé fuerza a la cosa juzgada constitucional, por qué la Corte Constitucional en el '93 y en el '94 se ocupó del enriquecimiento ilícito y dijo como se entiende el tipo penal, que no es uno son tres tipos penales de enriquecimiento ilícito, el que toca con los funcionarios públicos, que es subsidiario porque la norma dice si no se demuestra otro delito contra la administración pública y se incrementa en forma injustificada el patrimonio del funcionario, entonces lo sancionan, enriquecimiento ilícito que es el título del artículo, pero que dentro de la norma se llama incremento injustificado de patrimonio, por qué es subsidiario ese tipo penal en los

servidores públicos, como nosotros, porque si no hay prueba plena y directa y completa de que hayamos asaltado el tesoro público, incurrido en un delito contra la administración pública y creció el patrimonio y no lo explicamos, entonces estamos incurso en la conducta conocida como enriquecimiento ilícito. O sea si no hay prueba se deduce que, se supone que, inferimos que, es en subsidio por no encontrar la prueba del otro conjunto de delitos o de alguno de ellos, se llega por deducción, por inferencia, por consecuencia, porque no hay la prueba directa, por eso es un delito subsidiario, es un delito receptáculo; se incrementó el patrimonio y no hay cómo probar la conducta delictiva; deducimos, como no lo justifica, se enriqueció, incrementó el patrimonio, porque delinqué y deliniqué en ejercicio de las funciones o por razón del cargo que ejercía; pero la Fiscalía dice que es un delito autónomo, lo dice contra la norma expresa y contra la interpretación que ha dado la Corte Constitucional.

Cuando se trata de aquel tipo penal de enriquecimiento ilícito que surgió el 23 de agosto del 89, en 1895 (sic) es más clara la situación allí dice: que quienes se enriquezcan, quienes tengan un incremento injustificado de su patrimonio en una u otra forma derivado de actividades ilícitas, o sea, consecuencia de actividades ilícitas conexas a actividades ilícitas, no es un delito autónomo, es un delito conexo derivado de, pero la Fiscalía le dice al país, es un delito autónomo; qué importancia tiene, que la Fiscalía hable, obre, actúe y tome decisiones contra el texto expreso de la ley, pues que la Fiscalía está aplicando de manera irregular, arbitraria y perversa el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y lo está haciendo para poder justificar este extraño torbellino en que metió a todo el país, porque tendría que probar primero la conducta antecedente o en otro proceso o en el mismo proceso en la misma sentencia, pero primero tiene que establecer cuál es la actividad ilícita antecedente que genera los recursos con los cuales se incrementa en forma injustificada el patrimonio del particular o del funcionario público cuando se trata del caso anterior.

El pánico que siente la Fiscalía de que se le dé el respaldo por la ley a la cosa juzgada constitucional, es que no puede seguir incurriendo en esta arbitrariedad, de leer de manera perversa a la ley, y aplicar caprichosamente un tipo penal tan peligroso que cuando se discutió en el proyecto del Código Penal, los mismos miembros de aquella Comisión en el año 78 dijeron que era un tipo penal muy peligroso, que si llegaban las luchas políticas podrían causarle un gran daño al país y aquellos juristas de entonces dijeron que eso dependería de la perversidad de los políticos y esta cita que hago está contenida en el segundo tomo de una obra escrita por un vallecaucano, Francisco José Ferrerira que se llama los delitos contra la administración pública. Lo que ocurre señores, es que la Corte Constitucional está quedando como un rey de burlas, cuando ella interpreta como cosa juzgada una norma constitucional, una norma legal que por algunas circunstancias tiene que interpretar, significa que cuando lo hace con fuerza de cosa juzgada constitucional, no puede haber otra interpretación, y que el juez o ma-

gistrado o fiscal que obre contra esa interpretación, prevarica, porque no puede haber otra interpretación, porque ella es guardiana de la ley, pero no es guardián del texto literal de la ley, es la ley con la interpretación que con fuerza juzgada da la vigilante, la encargada de velar por la integridad y la inviolabilidad de la norma constitucional, se ha dicho pues con el valor y la claridad que se debiera decir, es que la Corte ha dicho que se trata de un tipo penal muy peculiar que en el funcionario público es subsidiario y que en el caso del particular es conexo, es derivado de, a consecuencia de, y hay personas que sin habersele probado que son narcotraficantes, sin haberseles demostrado que están conexos con la actividad del narcotráfico, sin haber probado que los dineros que recibieron o manejan vienen del narcotráfico están en la cárcel y quizás van a ser condenadas por una interpretación arbitraria, abusiva, irregular y perversa de la norma que contiene el tipo penal, llamado enriquecimiento ilícito.

De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ¿Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio. Porque otra manera de destruir la juridicidad, otra manera de corromper el derecho penal, otra manera de romper la seriedad de la ley y la respetabilidad del orden jurídico es ponerse a decir lo que no está en la norma, porque esto de la Fiscalía de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron, luego se enriquecieron, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable. En sentencia de la Corte Constitucional y ahí entonces por qué esta carga de caballería insinuando que es para romper los procesos, para crear la impunidad y para favorecer delincuentes, porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle los servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otra para pagar empleados, otra para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca, pues los 50 cheques, hay uno donde el cheque es delito, el que giraron para el grupo político de Manuel Francisco Becerra que coordinaba Gustavo Espinosa. ¿por qué los demás no son delitos? Porque aquí el Fiscal insinúa que

hay receptación, que puede haber receptación en quienes reciben estos dineros y entonces los otros 49 chéques no son receptación, no aseguran el resultado, el producto de la comisión de un delito, no son enriquecimiento ilícito, qué justicia es esa, qué es esa manera de interpretar los tipos penales, este cheque sí es delito, pero los demás no son delito, pero ocurre que no hay ninguna norma en este país que diga, que determinados ciudadanos o que los delincuentes no puedan tener opinión política o que no puedan tener partido político o que no puedan tener candidatos políticos o que no puedan participar en las campañas o que no puedan contribuir con dinero para las campañas. La falta de valor y de juridicidad a tiempo, permitió que un conflicto ético, porque admito que sí es un conflicto ético, y a mí me castiga ese conflicto ético, permitimos que un conflicto ético se volviera un inmenso problema político, de tal magnitud que casi no hay colombiano que no esté convencido que los políticos cometen delitos cuando saludan a un narcotraficante o cuando reciben ayuda económica de un presunto delincuente condenado, o delincuente investigado, o delincuente buscado; es que a veces montan la opinión pública en un carrusel de tal intensidad de mentiras y de deformación de los tipos penales que le hacen creer al país en leyes inexistentes, en tipos penales que no existen y le hacen creer en tipos penales leídos de mala fe, interpretados en forma perversa y aplicados en forma maligna para buscar efectos políticos.

Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 ó 20 ó 30 ó 3 Congressistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente; porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía.

Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es de darle a la Corte Constitucional fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando, ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, **y para que sepa la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de este país, que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, que no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales”.**

## SALA PLENA

Terminada la exposición del Senador Espinosa Jaramillo, la Presidencia cerró la discusión, según refiere el acta, y preguntó a la plenaria si aprobaba el artículo propuesto, a lo cual se respondió que sí por una mayoría que, verificada mediante votación nominal, resultó de 56 votos afirmativos, **entre ellos el del Senador Espinosa Jaramillo**, contra 32 negativos.

Las transcripciones anteriores permiten a la Sala concluir sin vacilación alguna, que el Congresista Gustavo Espinosa Jaramillo tuvo plena conciencia de que la norma discutida y aprobada comprendía las investigaciones e indagaciones relacionadas con el enriquecimiento ilícito. Certeza que se reafirma cuando se lee la interpelación que le hizo al señor Fiscal, en la que expreso:

**“Presidente, Señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta, ¿considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Abella, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares?”.**

(Gaceta # 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pág. 23).

Y más adelante, cuando ante la ausencia de una respuesta categórica del Fiscal, hizo manifestaciones como las siguientes que aparecen en la página 32 de la referida Gaceta:

**“...Hace mucho tiempo, más de un año, me hice el propósito de nunca más referirme al tema del enriquecimiento ilícito...”.**

**“...por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué (sic) lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman el proceso 8.000...”.**

No puede quedar entonces duda, de que efectivamente, el Senador Espinosa era consciente de que el tema del enriquecimiento ilícito gravitaba el debate en torno del artículo cuestionado.

Tampoco existe duda de que el Senador mencionado sabía que de aprobarse el artículo cuestionado se irían a favorecer las personas objeto de indagación o investigaciones penales por enriquecimiento ilícito, al exigir que previamente se determine la ilicitud de los recursos recibidos, como lo demuestran estos párrafos de su intervención:

**“...pues que la Fiscalía está aplicando de manera irregular, arbitraria y perversa el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y lo está haciendo para poder justificar**

este extraño torbellino en que metió a todo el país, porque tendría que probar primero la conducta antecedente o en otro proceso o en el mismo proceso en la misma sentencia, pero primero tiene que establecer cuál es la actividad ilícita antecedente que genera los recursos con los cuales se incrementa en forma injustificada el patrimonio del particular o del funcionario público cuando se trata del caso anterior”.

“De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ¿Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio”.

#### **4. CONOCIMIENTO DEL SENADOR ESPINOSA SOBRE LA EXISTENCIA DE DILIGENCIAS PENALES RELACIONADAS CON SU CONDUCTA**

¿El 13 de diciembre de 1995, conocía el Senador Espinosa Jaramillo que su conducta era objeto de indagaciones por parte de las autoridades penales?

Veamos qué aporta el material probatorio allegado al proceso:

A folio 51 del cuaderno principal aparece el siguiente oficio:

“República de Colombia  
Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACION PENAL  
SECRETARIA  
CARRERA 7 NO. 27-18 PISO 17

OFICIO NUMERO 2301  
REF. UNI. INST. 10738

C/GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO  
SANTAFE DE BOGOTA, D. C.  
AGOSTO 11 DE 1995

DOCTOR  
GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO  
HONORABLE SENADO DE LA REPUBLICA  
CIUDAD.

Para los fines previstos en el inciso final (\*) del artículo 81 de la Ley 190 de 1995, atentamente me permito comunicar que en esta Corporación cursan unas dili-

## SALA PLENA

gencias preliminares en su contra radicadas bajo el número 10.738, remitidas por la Comisión de Fiscales de la Dirección Regional de la Fiscalía de Santafé de Bogotá.

Cordialmente,

CARLOS A. GORDILLO LOMBANA  
SECRETARIO”.

(\*) El artículo 81 de la Ley 190 trata de las garantías procesales y su inciso final preceptúa:

“En caso de existir imputado o imputados conocidos, de la iniciación de la investigación, se notificara a éste o éstos, para que ejerzan su derecho de defensa”.

El oficio atrás transcrito, fue contestado por el Senador Espinosa Jaramillo mediante la siguiente comunicación que aparece a folio 50 del cuaderno principal del expediente, que según sello de la Corte Suprema de Justicia fue recibido por ella el 26 de agosto de 1995:

“Bogotá, agosto 16 de 1995.

DOCTOR  
CARLOS A. GORDILLO LOMBANA  
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA  
SALA DE CASACION PENAL  
SECRETARIO

REF.: SU OFICIO NO. 2301 DE AGOSTO 11/95  
UNI. INST. 10.738

Recibí la comunicación suya contenida en el oficio de la referencia.  
Se la agradezco, sinceramente.  
Estoy listo a comparecer en el día y hora que se me ordene.

Cordialmente,  
GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO  
Senador”.

Fluye de manera indubitable de estas dos comunicaciones, que en agosto 16 de 1995 el senador demandado estaba enterado de la existencia, en la Sala de Casación Penal de la Corte, de las diligencias preliminares, radicadas con el número 10738 remitidas por la Fiscalía, en las que él aparecía como imputado, según los términos del inciso transcrito de la Ley 190. Tal conocimiento es, además, aceptado expresamente por el demandado en su escrito de contestación de la demanda

¿La conducta que se le investigaba era por enriquecimiento ilícito?

La respuesta la da el siguiente oficio que obra a folios 1 y 2 del cuaderno 3:

“República de Colombia  
Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACION PENAL  
SECRETARIA  
Carrera 7 No. 27-18 piso 17

OFICIO NUMERO 504  
SANTAFE DE BOGOTA, D. C.  
FEBRERO 19 DE 1996.

DOCTORA  
MERCEDES TOVAR DE HERRAN  
SECRETARIA GENERAL  
HONORABLE CONSEJO DE ESTADO  
CIUDAD.

En respuesta a su oficio número 305 de febrero nueve (9) del año en curso, atentamente me permito informar que revisados los libros índices que se llevan en esta Secretaría, se pudo constatar que contra el doctor Gustavo Espinosa Jaramillo, Senador de la República, existe un proceso penal de única instancia, radicado bajo el número 10.738, denunciante de oficio, procedencia Dirección Regional de Fiscalías, repartido el 5 de julio de 1995 al honorable Magistrado, doctor Ricardo Calvete Rangel. En providencia de fecha diez (10) de agosto de 1995 se abren preliminares y se comunica al imputado esta situación, el once (11) de diciembre del mismo año se abre investigación y también se comunica al doctor Espinosa Jaramillo mediante oficio número 3956 calendado el 13 de diciembre de 1995, el catorce (14) de los corrientes, se dictó en su contra MEDIDA DE ASEGURAMIENTO DE DETENCION PREVENTIVA SIN BENEFICIO DE EXCARCELACION POR EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO DE PARTICULARES. Anexo le remito fotocopia autenticada de la diligencia de indagatoria rendida por el procesado.

Cordialmente,

PATRICIA SALAZAR CUELLAR  
SECRETARIA

Anexo: Lo anunciado en 79 folios  
H.S.G.”.

Queda entonces así demostrado, que las diligencias radicadas en la Corte bajo el número 10.738 se relacionan con el eventual enriquecimiento ilícito de particulares en que haya podido incurrir el demandado.

Determinado lo anterior, así como el hecho de que el senador era consciente de que el proyecto de artículo tenía incidencia en las investigaciones que adelantaban las autoridades por enriquecimiento ilícito, debe la Sala ahora ocuparse de establecer si él

## SALA PLENA

tenía conocimiento el 13 de diciembre de 1995, de los hechos con los cuales pudiera resultar involucrado y que eran objeto de las diligencias adelantadas por la Corte.

Con tal fin, recordemos los siguientes apartes de las intervenciones que el Senador tuvo en la sesión celebrada el aludido 13 de diciembre, cuyas negrillas no pertenecen al texto:

“...De lo que se trata pues, es de decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia fiscalía, por eso yo le pregunté, cree que lo que se va a hacer aquí beneficia a ¿Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio. Porque otra manera de destruir la juridicidad, otra manera de corromper el derecho penal, otra manera de romper la seriedad de la ley y la respetabilidad del orden jurídico es ponerse a decir lo que no está en la norma, porque esto de la Fiscalía de decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron, luego se enriquecieron, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable. En sentencia de la Corte Constitucional y ahí entonces por qué está carga de caballería insinuando que es para romper los procesos, para crear la impunidad y para favorecer delincuentes, porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, **pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle los servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otra para pagar empleados, otra para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca, pues los 50 cheques, hay uno donde el cheque es delito, el que giraron para el grupo político de Manuel Francisco Becerra que coordinaba Gustavo Espinosa. ¿por qué los demás no son delitos? Porque aquí el Fiscal insinúa que hay receptación, que puede haber receptación en quienes reciben estos dineros y entonces los otros 49 cheques no son receptación, no aseguran el resultado, el producto de la comisión de un delito, no son enriquecimiento ilícito, qué justicia es esa, qué es esa manera de interpretar los tipos penales, este cheque sí es delito, pero los demás no son**

**delito**, pero ocurre que no hay ninguna norma en este país que diga que determinados ciudadanos o que los delincuentes no puedan tener opinión política o que no puedan tener partido político o que no puedan tener candidatos políticos o que no puedan participar en las campañas o que no puedan contribuir con dinero para las campañas. **La falta de valor y de juridicidad a tiempo, permitió que un conflicto ético, porque admitió que sí es un conflicto ético y a mí me castiga ese conflicto ético, permitimos que un conflicto ético se volviera un inmenso problema político, de tal magnitud que casi no hay colombiano que no esté convencido que los políticos cometen delitos cuando saludan a un narcotraficante o cuando reciben ayuda económica de un presunto delincuente condenado, o delincuente investigado, o delincuente buscado;** es que a veces montan la opinión pública en un carrusel de tal intensidad de mentiras y de deformación de los tipos penales que le hacen creer al país en leyes inexistentes, en tipos penales que no existen y le hacen creer en tipos penales leídos de mala fe, interpretados en forma perversa y aplicados en forma maligna para buscar efectos políticos.

Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 ó 20 ó 30 ó 3 Congresistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente; porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía.

Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es de darle a la Corte Constitucional fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando, ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, **y para que sepa la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de este país, que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la juridicidad de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, que no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales”.**

En relación con el texto transcrito, es indispensable, en primer lugar, determinar la fidelidad de la expresión **“las sociedades por café”** contenida en el siguiente aparte, que tiene especial importancia para el caso *sub examine*:

## SALA PLENA

“...porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito, pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las **sociedades por café** (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle los servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otra para pagar empleados, otra para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca...”

Sobre el tópico observa la Sala, como se verá más adelante, que una de las personas jurídicas de las cuales el demandado manifiesta haber recibido cheques para la campaña política, es la “sociedad Export-Café”, expresión ésta homófona y por ende auditivamente de fácil confusión, con “**las sociedades por café**” que aparece en la transcripción de la intervención del senador. De ahí, que la Sala concluya que el orador se refería a la sociedad Export-Café, pues por lo demás, de no ser ello así carecería del sentido la aludida expresión.

Aclarado lo anterior, se observa sin dificultad que el párrafo últimamente transcrito contiene, entre otras, tres afirmaciones del demandado:

1. Que “la sociedad Export-Café” giró un cheque.
2. Que ese cheque fue “...para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra...”, y
3. Que a ese grupo político lo “...lideraba Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca...”.

Veamos ahora, qué respaldo tienen estas tres afirmaciones en otras plazas del proceso:

Hace parte del expediente el cuaderno número 3, dentro del cual reposa copia de la “**diligencia de indagatoria rendida por el doctor Gustavo Espinosa Jaramillo**” el 29 y el 31 de enero de 1996 ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Si bien es cierto esta diligencia se practicó con posterioridad al 13 de diciembre de 1995, lo cierto es que su contenido es de especial trascendencia para el *sub lite*, en cuanto en ella el indagado se refiere a hechos anteriores al debate en el Senado de la República, como son entre otros, los tres que atrás se puntualizaron.

En dicha diligencia expresó el demandado lo que a continuación se transcribe, con la advertencia de que las negrillas no son del texto.

Ante la pregunta, “Manifieste si para sus campañas políticas ha recibido aportes de personas naturales o jurídicas, en caso afirmativo diga sus nombres?”, el indagado contestó:

“Es necesario con el mayor respeto hacer una precisión breve. Desde octubre del año 91 hasta el día de hoy he estado coordinando en el Valle del Cauca la opera-

ción política y atendiendo los gastos básicos de funcionamiento del grupo político liberal constituido por los amigos de MANUEL FRANCISCO BECERRA..." (pág. 13).

Lo anterior, coincide plenamente con la última de las afirmaciones hechas en el penúltimo párrafo, luego despeja cualquier duda que pudiera existir sobre su calidad de dirigente dentro del movimiento político del doctor Manuel Francisco Becerra.

Más adelante agrega lo siguiente en relación con el punto primero, los aportes de la sociedad Sport-Café a la campaña que él dirigía:

**"...Sólo he traído hoy la relación de las personas naturales y las sociedades comerciales que por los informes de los medios de comunicación corresponden a las personas y sociedades que según las investigaciones de la Fiscalía que a su vez han originado este proceso, correspondería a personas naturales y sociedades comerciales manejadas o conducidas desde la sombra por narcotraficantes. Estos son los siguientes. (Pág. 15)...En febrero 22 del 94 recibió el directorio del mensajero de la Sociedad Export-Café, cheque por 10 millones de pesos de la cuenta 8254178040-0 del Banco de Colombia... En junio 15 cheque de la Sociedad Export-Café Ltda. por 25 millones de pesos de la cuenta 860-024824-0... (pág. 17) En el año de 1994 en la cuenta del Banco Tequendama siempre por orden mía el 7 de febrero se consignó cheque por 20 millones recibido del mensajero de la Sociedad Export-Café Ltda. cuenta 823024804-0 del Banco de Colombia... el 4 de marzo recibido del señor Alvarez y la Sociedad Export-Café Ltda. la misma cuenta ya identificada 30 millones... el 25 de marzo recibido del mensajero de la Sociedad Export-Café Ltda., cuenta ya identificada 8 millones. Abril 26 mensajero de la Sociedad Export-Café Ltda. cuenta ya identificada cheque por 5 millones... 26 de mayo recibido de mensajero de la Sociedad Export-Café Ltda. cuenta ya identificada (*sic*) cheque por 23 millones de pesos"** (pág. 20).

Al preguntársele: "Sírvese manifestar qué relaciones comerciales sostuvo con la Sociedad Export-Café Ltda. o con sus representantes legales si tiene conocimiento de quiénes son ellos? Contestó: **No tuve ninguna relación comercial con Export-Café Ltda., ellos fueron donantes de varios cheques para el grupo político Liberal Becerrista que yo coordinaba**, en dos ocasiones en Sevilla y en Cartago después de reuniones políticas en reunión de carácter social en los hoteles de esas dos ciudades, conocí personas que se presentaron interesadas en el tema cafetero, quienes hablaron de ser contribuyentes del movimiento y en quienes creí conocer a socios de esa Sociedad Export-Café Ltda."

Queda así demostrado, no sólo que cuando el senador Espinosa se refirió en el debate del 13 de diciembre de 1995 a los tres puntos a que se ha hecho mención, estaba evocando situaciones concretas por él vividas y ocurridas con anterioridad a esta fecha, sino que además, los aportes económicos de Export-Café a

## SALA PLENA

favor de la campaña, de los cuales habló en el Senado, según su dicho, en realidad se efectuaron.

Acerca de la fuente y de la época en que tuvo conocimiento la posibilidad de que los recursos aportados por Export-Café tuvieran un origen ilícito, la Sala encuentra que en los siguientes apartes de su indagatoria está la respuesta:

“...Sólo he traído hoy la relación de las personas naturales y las sociedades comerciales **que por los informes de los medios de comunicación** corresponden a las personas y sociedades que según las **investigaciones de la Fiscalía** y que a su vez han originado este proceso, correspondería a personas naturales y sociedades comerciales manejadas o **conducidas desde la sombra por narcotraficantes**. Estos son los siguientes: (pág. 15)...

“PREGUNTADO: Qué puede usted relatar sobre la Sociedad Comercializadora de Carnes del Pacífico Ltda. o sobre el girados (sic) de los cheques que usted llama señor Amaya? Contestó: ‘Esta sociedad nos envió como donaciones creo que unos cinco o seis cheques, en alguno de los comprobantes de ingresos hechos en el directorio se menciona al señor Amaya, supongo que fue el nombre suministrados (sic) por quien llevó el cheque cuando el empleado o empleada del directorio interrogó para elaborar el comprobante de ingreso. Sobre esta sociedad y **sobre Export-Café cuando comenzó a salir en los medios de comunicación sobre la investigación de la Fiscalía**, lo mismo que sobre la Sociedad Distribuidora de Productos Agrícolas del Diamante fui a la Cámara de Comercio de Cali **en el mes de julio de 1995** y pedí sendos certificados completos de esas sociedad (sic) para conocerla, lo cual repetí en el mes de diciembre de 1995, los certificados son iguales el de julio y el de diciembre y me permito conocer que se trata de sociedades debidamente constituidas con un objeto social lícito y cuyas matrículas mercantiles siguen vigentes. Es todo cuanto sé sobre estas sociedades” (págs. 38 y 39).

Queda así demostrado que **“en el mes de julio de 1995”** y por ende antes del 13 de diciembre del mismo año, el Senador Espinosa Jaramillo, tuvo conocimiento de que tales hechos estaban siendo objeto de investigación por parte de la Fiscalía, que como se anotó, fue la que envió las diligencias a la Sala Penal de la Corté.

Acerca de los motivos que lo indujeron a apoyar el proyecto de artículo, aporta claridad la respuesta dada por el indagado a la pregunta de si después de haber presentado él un proyecto en abril de 1994 “...se ha tramitado en el Congreso algún otro al cual le hayan dado el calificativo del narcoproyecto, en caso afirmativo en qué consistía y cuál fue su posición al respecto?”, cuando contestó: “Creo que la pregunta se refiere al debate que ocurrió en diciembre 13 de 1995. Ese día se discutía en segundo debate el proyecto llamado sobre Seguridad Ciudadana, 45 senadores según lo informó la Secretaría del Senado presentaron una proposición para introducir un artículo a ese proyecto, yo no conocí el texto de esa proposición no me la mostraron,

nadie me propuso que yo la firmara y por eso entre esas 45 firmas no está la mía. Recuerdo que ese proyecto de artículo decía que en los casos en que la Corte al dictar una sentencia dijese que lo hacía con fuerza de cosa juzgada constitucional que en esos casos la parte motiva que tuviera la relación íntima de razonamiento jurídica con la parte dispositiva obligaría tanto como la parte decisoria de la sentencia. Esta no es la redacción de este artículo pero creo que es lo esencial de esa propuesta. Durante la discusión hubo oposiciones muy duras contra el artículo **pero me movió a intervenir el hecho de que tanto el señor Ministro de Justicia como el Señor Fiscal General de la Nación dijeran que el delito de enriquecimiento ilícito es autónomo**. Por esta razón después de la intervención que hizo el Senador Mario Uribe para defender el tema en el Derecho Constitucional yo intervine para sostener la tesis de que **el delito de enriquecimiento ilícito en los servidores públicos es subsidiario** y en los particulares es conexo a actividades delictivas anteriores, agregando yo en la discusión además que la lectura que se hace de las normas correspondientes, que son el 148 del C.P. y el Decreto 1895 del 89 no corresponde al texto literal de esas normas y por ello calificué la lectura que se hace de esa norma como defectos (sic) muy nocivo, porque a mi juicio, es mi opinión de esa interpretación se derivan decisiones en mi opinión precipitadas y con perjuicio de los investigados, esa fue mi opinión como Congresista en ese debate. Los medios de comunicación han llamado ese artículo el narcómico”.

Es decir, que según su dicho pretendía que se dijera que el delito de enriquecimiento ilícito no es autónomo, lo cual obviamente favorecía su posición frente a la futura y eventual calidad de sindicado.

Para la Sala no tiene fuerza suficiente para variar las anteriores conclusiones, la respuesta dada por el indagado a la siguiente pregunta:

“Dentro de la garantía que tiene de responder o no a la pregunta manifieste si el artículo a que ha hecho referencia en la respuesta anterior usted consideró en ese momento que tenía incidencia en su caso personal frente a este proceso?  
 “No, no lo pensé en ningún momento, en primer lugar porque tengo la certeza de no haber incurrido en el delito de enriquecimiento ilícito ni como servidor público, ni como particular, pero además porque hasta esa fecha el 13 de diciembre yo no había sido notificado de que se hubiese abierto en contra mía investigación penal por enriquecimiento ilícito. De esto sólo tuve conocimiento al día siguiente diciembre 14 cuando un oficio de la Secretaría de la Sala Penal me comunicó que con fecha 11 de diciembre se había dictado auto ordenando apertura de proceso penal en mi contra”.

Carece de fuerza suficiente porque, de una parte, es apenas razonable que alegue y sostenga su inocencia; y de otra, porque si bien es cierto que con posterioridad al 13 de diciembre de 1995 pudo haber tenido conocimiento de su vinculación legal al proceso, también lo es que como se ha dicho en este proveído, tal vinculación no es indispensable para que se configure el conflicto de interés.

## SALA PLENA.

En su defensa, alega el senador demandado cuando se refirió a la demanda que “pretender que un senador se declare impedido en la situación planteada, equivale a exigirle que renuncia (sic) a la presunción de inocencia. Implicaría una especie de confesión tácita de culpabilidad o de posible utilización del mecanismo aparentemente favorecedor”.

Al respecto se observa, en primer término, que la presunción de inocencia no es renunciable, ni siquiera porque exista verdadera confesión del imputado o procesado.

En efecto, a términos del artículo 2º del Código de Procedimiento Penal, en desarrollo de las actuaciones penales prevalece el principio de la presunción de inocencia según el cual toda persona se presume inocente, **y debe ser tratada como tal, mientras no se produzca una declaración judicial definitiva sobre su responsabilidad penal.**

De otro lado, la figura de la “confesión **tácita** de culpabilidad” no existe en el derecho penal colombiano, porque la confesión es una **declaración** contra sí mismo **y declarar** es “decir una cosa ante un juez o tribunal de justicia. Ver confesar”. (Diccionario de uso del español, María Moliner, Vol. 1, Editorial Gredos, Madrid 1981, pág. 869).

Además, la manifestación del impedimento que se echa de menos, tampoco reuniría los requisitos que para la confesión trae el artículo 296 del Código de Procedimiento Penal, cuales son:

- a) Que sea hecha ante un funcionario judicial.
- b) Que la persona esté asistida por defensor.
- c) Que haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.
- d) Que se haga en forma consciente y libre.

Tampoco implicaría una “confesión” de “posible utilización del mecanismo favorecedor”, como se afirma, porque cuando un congresista manifiesta su impedimento al observar un eventual conflicto de interés, lo que ello demuestra es todo lo contrario a la posibilidad de “utilización del mecanismo favorecedor”, como lo denomina el senador demandado.

El demandado también invoca a su favor el principio de la buena fe, afirmando que “tiene también el derecho a exigir que tanto los particulares como sus jueces manejan respecto de su conducta LA PRESUNCION DE INOCENCIA Y LA BUENA FE,” y al respecto transcribe lo que sobre el particular ha dicho la Corte Constitucional.

El artículo 83 de la Constitución Política establece que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.

El Consejo de Estado, durante el proceso, ha tratado al demandado con fundamento en la presunción de su inocencia y de ser persona de buena fe. Asunto diferente es que los resultados del mismo, lleguen a determinar su responsabilidad disciplinaria.

Alega también la parte demandada que no incurrió en violación del artículo 183 de la Constitución Política, en su numeral primero, pues aún aceptando en gracia de discusión que el demandado tuviera interés directo en la aprobación del proyecto de artículo, “es lo cierto que en definitiva tal normatividad no fue aprobada. Así las cosas, **EL SUPUESTO INTERES DIRECTO, POR SUSTRACCION DE MATERIA, NO SE CONCRETO**”; que el antecedente de la pérdida de investidura del Congresista doctor César Pérez García, es de una realidad fáctica bien distinta, pues la Ley 30 de 1992, sí entró en vigencia. Agrega que en la Comisión de Conciliación se aprobó, con el voto del Senador demandado, la supresión del artículo nuevo.

Lo anterior se relaciona con el **momento jurídico** de la configuración de la causal de pérdida de la investidura.

Como se dijo, conforme a la normatividad analizada de la Ley 5ª de 1992, sobre conflicto de intereses, la obligación del congresista, cuando la decisión a tomarse le afectare de alguna manera, es la de declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivos.

Entonces, la transgresión del tal imperativo se configura en el momento en que el Congresista, que debió declararse impedido, **participa en los debates o vota**, con prescindencia de los resultados del debate o de la votación, pues ni la Constitución Política, ni la ley, regularon la pérdida de la investidura condicionándola a tales resultados.

Además, tampoco incide sobre la configuración del conflicto de intereses, la circunstancia de que de aprobarse la norma, ésta resulte ajustada al ordenamiento jurídico.

El Senador demandado, también alega en su defensa que no violó el artículo 183 de la Constitución Política en su numeral primero, pues al intervenir en el debate en que se discutía el artículo cuestionado, hizo uso del derecho preceptuado en el artículo 185 *ibidem*, según el cual, los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo.

Observa la Sala que, precisamente, salta a la vista, que una excepción a tal inviolabilidad, consiste en la sanción disciplinaria de pérdida de la investidura consagrada en el reglamento del congreso, cuando quiera que el congresista participa en los debates o vota, en lugar de haberse declarado impedido para hacerlo.

En consecuencia, el argumento carece de fundamento.

## SALA PLENA

Con base en las anteriores consideraciones, se concluye que el senador demandado sí incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, por lo cual se habrá de decretar la pérdida de su investidura de congresista.

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

### FALLA:

DECRETASE la pérdida de investidura del Congresista del Senador, doctor Gustavo Espinosa Jaramillo, identificado con la cédula de ciudadanía número 6.230.732 de Cartago.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo. Archívese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Plenaria en sesión celebrada el día 12 de marzo de 1996.

*Daniel Suárez Hernández*, Presidente de la Sala (salvó voto); *Joaquín Barreto Ruiz*, *Mario Rafael Alario M.*, con salvamento de voto; *Ernesto R. Ariza Muñoz*, *Carlos Betancur Jaramillo*, salvó el voto; los magistrados *Jesús María Carrillo B.*, salvó voto; *Julio Enrique Correa R.*, *Clara Forero de Castro*, *Amado Gutiérrez Velásquez*, salva voto; *Alvaro Lecompte Luna*, *Carlos A. Orjuela Góngora*, salva voto; *Juan Alberto Polo F.*, *Guillermo Chahín Lizcano*, *Miren de la Lombana de M.*, *Delio Gómez Leyva*, *Luis Eduardo Jaramillo M.*, Ausente; *Juan de Dios Montes H.*, salvó el voto; *Dolly Pedraza de Arenas*, *Libardo Rodríguez R.*, *María Eugenia Samper R.*, *Consuelo Sarria Olcos*, *Manuel Santiago Urueta Ayola*, *Mercedes Tovar de Herrán*, Secretaria General.

## **PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Conflicto de intereses / CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL / DESARROLLO LEGAL**

Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que deben existir intereses, reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos. Así las cosas, pienso que no están tipificadas las situaciones que constituirían un “conflicto de intereses de orden moral”, y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento. Ahora bien: he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, es menester aplicar todas las garantías propias esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buen fe del demandado. La pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del “hecho notorio”, porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una “prueba plena” de la culpa o dolo del congresista, para que pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

DEL CONSEJERO CARLOS ARTURO ORJUELA GONGORA A LA SENTENCIA PROFERIDA EL 12 DE MARZO DE 1996 EN EL EXPEDIENTE NUMERO AC-3300. ASUNTOS CONSTITUCIONALES.

## SALA PLENA

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril diecisiete (17) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Actor: *Emilio Sánchez Alsina*. (Solicitud de pérdida de investidura como congresista del doctor Gustavo Espinosa Jaramillo).

Con el respeto acostumbrado por las decisiones mayoritarias de la Sala Plena, me permito señalar que no compartí lo resuelto en este asunto por las razones que me permito sintetizar así:

1. El artículo 182 de la Carta Política, invocado por la parte demandante para sustentar la solicitud de pérdida de investidura dice:

“Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las **situaciones de carácter moral o económico** que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. **La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses** y las recusaciones” (Se destaca y subraya).

Esto es, que **“las situaciones de carácter moral o económico”** que inhiben a los congresistas para intervenir en la discusión de los proyectos de ley sometidos a consideración de su respectiva cámara, **deben estar determinadas expresamente por la ley**.

2: La **Ley 5ª de 1992**, en relación con la problemática de que trata este proceso, consagró en su **Sección 4ª, Conflicto de intereses**, lo siguiente en cuanto a esta materia:

2.1 En el **artículo 286 (Aplicación)**, establece que los congresistas deben declararse impedidos para participar en los debates o en las votaciones respectivas, cuando **“exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho”** (Se destaca y subraya).

2.2 En el **artículo 291 (Declaración de impedimento)**, dispuso que el congresista debe solicitar su separación del conocimiento de un asunto **“al observar un conflicto de interés”** (Se destaca y subraya).

2.3 Los artículos subsiguientes se refieren al trámite del impedimento y al punto de la recusación.

3. La **Ley 144 de 1994** señaló en su **artículo 16 (Conflicto de intereses - Definición)**, la conducta que deben asumir los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección “hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso”.

4. Es decir, que **los dos estatutos legales mencionados tratan expresamente el tema de los conflictos de intereses de orden económico, pero no el de los de orden moral.**

5. Es cierto que la moral implica unos principios y valores propios del ser que vive en sociedad; empero, éstos tienen que ver con su fuero interno y su respeto por los demás.

6. Aunque no se me oculta la dificultad que podría tener un texto legal para definir el conflicto de intereses de orden moral, sí estoy convencido de que **deben existir reglas claras, expresas y escritas, para que el congresista identifique y manifieste esa clase de limitaciones o de impedimentos.**

7. Así las cosas, pienso que **no están tipificadas las situaciones que constituirían un “conflicto de intereses de orden moral”, y por ende, las circunstancias dentro de las cuales se produciría su violación o quebrantamiento.**

8. Ahora bien; he sostenido que todavía no se ha dilucidado completa y satisfactoriamente la naturaleza del proceso de pérdida de investidura, y posiblemente este hecho genera muchas de las dificultades con que tropieza el juzgador al momento de decidir una demanda de esta clase. Entre otras cosas porque si participa de un carácter judicial, ético, político, disciplinario o sancionatorio, como se ha dicho por parte de la Corte Constitucional y del propio Consejo de Estado, **es menester aplicar todas las garantías propias de esa clase de juicios, a saber: el principio de la presunción de inocencia y el de la buen fe del demandado.**

9. Así mismo, no puede olvidarse que el **congresista le debe su investidura al pueblo, o de manera más precisa, a sus electores,** que en ejercicio de los derechos políticos correspondientes (entre otros, los del artículo 40 de la Constitución Política), lo han escogido como su representante en el órgano legislativo. Y que tienen derecho a que los siga representando mientras no se compruebe fehacientemente que es indigno de ello o que ha incurrido en una causal de pérdida de esa investidura. O sea, que por este aspecto **también los electores del congresista (el pueblo) tienen derecho a que el proceso de pérdida de su investidura esté rodeado de todo ese cúmulo de garantías y entre ellas, por encima de cualquiera otra, las que dicen relación con el debido proceso y el derecho de defensa.**

10. En consecuencia, la pérdida de investidura de un congresista por la causal de violación del régimen de conflicto de intereses de orden moral, solamente puede darse cuando la ley haya fijado de manera expresa cómo se configura, cuáles son sus modalidades y las diferentes situaciones que tienen que ver con su manifestación, trámite, etc.

11. También he hecho énfasis en que en estas materias no puede hablarse del “hecho notorio”, porque las condiciones que he mencionado *grosso modo* indican que es indispensable una “prueba plena” de la culpa o dolo del congresista, para que

## SALA PLENA

pueda aplicársele la responsabilidad sobreviniente que sería la de la pérdida de su investidura.

12. Del mismo modo, considero conveniente recalcar que **no puede confundirse la situación que se ventila ante la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en casos como éste, con la que está sometida al escrutinio del Consejo de Estado**, pues ante aquéllas se debate si el congresista cometió o no un delito, sobre la base de una tipificación clara y expresa de las conductas que lo configuran. En cambio, aquí se debe si violó un régimen que en mi sentir no está regulado por el legislador.

13. Desde luego, no se me oculta que el momento que vive el país le brinda unos ingredientes anormales, atípicos, a esta clase de juzgamientos, porque la opinión pública maneja unos ingredientes de raigambre eminentemente política, que no son ni pueden ser los que apliquemos o tengamos en cuenta los jueces. En este carácter, entonces, nuestra única guía debe ser el Estado de Derecho; y nuestra brújula, la justicia. Y para ello, como ya lo acoté, es indispensable respetar celosamente el debido proceso y el derecho de defensa, pues de ello dependen la estabilidad de las instituciones y la tranquilidad de la patria.

14. Es evidente que el manejo que le han dado los medios de comunicación a estos temas ha generado una sensibilidad muy especial en la opinión pública, que encierra el peligro de que por no presentar todas las características y detalles del conflicto tampoco permite la formación de un criterio objetivo e imparcial por parte de la comunidad. Sin embargo, esta evidencia no puede afectar la independencia y la autonomía del juez para pronunciar su decisión. Soy consciente de que por esa causa se nos ha estigmatizado a quienes sustentados en nuestra convicción filosófica, jurídica y moral, hemos llegado a la conclusión de que en este evento no existen los elementos de toda índole indispensable para decretar la pérdida de investidura del demandado, y que en tal virtud, es menester denegar esa petición, porque así nos lo señalan nuestra conciencia, el derecho y la razón. Estoy convencido, además, de que cuando se despeje este ambiente extraño y anómalo se verá con claridad que las decisiones judiciales no pueden estar movidas por el calor del momento, ni por circunstancias coyunturales, sino por el peso y la calidad de las normas jurídicas, su debida interpretación y el sentido sublime de lo que es justo; y entonces brillarán con luz propia lo que significa la independencia del juez y la responsabilidad que al **“decir el derecho”** tiene ante Dios y ante los hombres.

En ese orden de ideas, todas las dudas e inquietudes que a juicio mío no están despejadas o que no encuentran una respuesta satisfactoria en el fallo, me obligan a separarme del mismo y a salvar mi voto.

Con todo comedimiento.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Efectos / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / PROCESO PUNITIVO - Características**

No se duda de que las condiciones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexecuibilidad de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991. Siendo ello así, nada añadía el proyecto del artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuanto guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutive de la misma. En otros términos, resultaba inocuo. Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses. Ocurre que en el artículo 4º de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y su debida explicación, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas. Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Joaquín Barreto Ruiz*.

## SALA PLENA

Radicación número AC-3300.

Referencia: Demandante Emilio Sánchez Alsina. Solicitud de pérdida de investidura del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo.

### SALVAMENTO DE VOTO

Dijo el demandante que el Senador Gustavo Espinosa Jaramillo volvió el régimen de conflicto de intereses, porque asistió a la sesión del Senado de 13 de diciembre de 1995 y promovió y votó un proyecto de ley, uno de cuyos artículos dice relación a los efectos de la sentencias de la Corte Constitucional, y que con ese artículo se pretendía convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna, “lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica estaría implicando la desaparición del ‘enriquecimiento ilícito’, ya que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es, sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar”, y con ello el Senador Espinosa Jaramillo trató de suspender el proceso que por enriquecimiento ilícito adelanta en su contra la Corte Suprema de Justicia.

Se trata del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, cuyo texto es el siguiente:

“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho (sic) causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta” (Gaceta del Congreso), 20 de diciembre de 1995, núm. 149, p. 16).

Pues bien, no se duda de que las decisiones mediante las cuales la Corte Constitucional declara la exequibilidad o inexecutable de normas legales hacen tránsito a cosa juzgada, según lo establecido en los artículos 243 de la Constitución y 21 del Decreto 2067 de 1991.

Y, como ocurre con toda sentencia de mérito, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, esto es, lo expresado en la parte resolutive, sino también lo implícito en ella, como lo han explicado la doctrina y la jurisprudencia.

Dice al respecto el profesor Francesco Carnelutti:

“Ello no significa que la cosa juzgada se limita a las cuestiones que encuentren en la decisión una solución expresa; no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente, cuando la solución de una cuestión supone como prius lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (el llamado juzgamiento – ‘giudicato’ – implícito). Se halla implícitamente resueltas todas las cuestiones cuya solución sea lógicamente necesaria para llegar a la solución expresada en la decisión...”

“Cuáles sean las cuestiones resueltas, es extremo que por lo general se infiere de la parte de la decisión que contiene la indicación conclusiva del efecto de la solución (parte dispositiva)... Se suele decir, por ello, que el lugar del juzgamiento está en la parte dispositiva. Esta máxima ha de tomarse, sin embargo, con gran cautela, precisamente porque ‘lo que haya formado la materia de la materia de la sentencia’ no se puede deducir, por vía de interpretación, sino de la sentencia entera y especialmente, por tanto, de su parte motiva o motivación, de la que igual puede surgir una restricción que una ampliación del fallo, o sea porque de ella resulte que algunas cuestiones no han sido resueltas ni implícita ni explícitamente, pese a la amplitud de la fórmula conclusiva, sea porque, en cambio, otras cuestiones que no aparezcan comprendidas en ésta resulten en realidad consideradas y resueltas” (Sistema de Derecho Procesal Civil. Buenos Aires, Uteha, 1944, t. I, pp. 317 a 319).

Sobre el mismo asunto, Hernando Devis Echandía es del siguiente parecer:

“Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente...” (Compendio de Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso. Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1987, 12ª ed., t. I, p. 500).

Al respecto Hernando Morales Molina dice:

“De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido decidido expresamente, que lo que se ha resuelto implícitamente. Sólo que esta decisión implícita debe ser de tal naturaleza, que ella necesariamente esté comprendida por la que fue objeto de la resolución, o sea lo explícito de ésta”. (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General. Bogotá, Editorial ABC, 1991, 11ª ed., p. 548).

## SALAPLENA

La jurisprudencia ha sido concluyente al respecto. Así, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de marzo de 1916, dijo:

“La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte dispositiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser erróneos en ocasiones, no afectan la decisión misma. Empero, tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente al dispositivo y son ‘como el alma y nervio de la sentencia’, constituyen entonces un todo con la parte resolutive, y participan de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexionar los motivos determinantes de un fallo, ella sería incomprendible e inejecutable”. (Gaceta Judicial, t. XXV, núms. 1.286 y 1.287, p. 250).

En sentencia de 31 de agosto de 1918, dijo también la Corte:

“El fallo implícito de una cuestión dada que se ha formulado en una controversia judicial, sólo ocurre cuando la cuestión no resulta de modo expreso y se relaciona directamente con lo dispositivo expreso del fallo y con motivos y razones consignados en los considerandos del mismo” (Gaceta Judicial, t. XXVII, num. 1.391, p. 62).

En sentencia de 9 de julio de 1928, dijo también la Corte:

“La Corte tiene sentada la doctrina de que si bien es cierto que la cosa juzgada dice relación por lo general a la parte resolutive del fallo y no a la motiva, tal regla no puede entenderse de un modo absoluto, pues cuando los motivos no son ya simples móviles de la determinación del juez, sino que se ligan íntimamente a lo dispositivo, y son como el alma y nervio del fallo, constituyen entonces un todo con la parte resolutive y participan de la fuerza de ésta.

Esto último acontece en el caso del fallo del Tribunal Seccional que se deja mencionado, respecto de las causas o motivos por los cuales se declaró la nulidad de las resoluciones números 164 y 193, dictadas por la Gobernación de Cundinamarca, pues constituyendo tales causas o motivos los fundamentos inmediatos de la declaración de nulidad, no es posible, para la recta inteligencia y aplicación del fallo, establecer separación entre la parte motiva y la dispositiva” (Gaceta Judicial, t. XXXV, núm. 1.821, p. 550).

Lo mismo dijo la Corte en sentencia de 24 de octubre de 1928 Gaceta Judicial, t. XXXVI, núm. 1825, p. 48).

Y en su sentencia de 31 de octubre de 1936, dijo:

“La fuerza de la cosa juzgada no dimana sino de la parte resolutive de la sentencia, pero ello no significa que para analizar el alcance de aquélla haya de tenerse

en cuenta solamente la forma de ésta. Se entiende por parte resolutive de una sentencia a este respecto, no el pasaje del fallo colocado en determinado lugar, sino lo que ha sido objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea la forma que revista y el puesto que ocupe en la sentencia. De ahí que la fuerza de la cosa juzgada abarque lo mismo lo que ha sido fallado expresamente como lo que ha sido decidido implícitamente. Sólo que esta decisión implícita ha de ser de tal naturaleza que ella necesariamente esté comprendida por lo que fue objeto de la resolución expresa” (Gaceta Judicial, t. XLIV, núms. 1.918 y 1.919, p. 461).

En sentencia de 6 de abril de 1956, y como resumen y compendio de lo dicho en sus sentencias anteriores, dijo la Corte:

“1. Que cuando los motivos del fallo están íntimamente ligados a la parte resolutive y son ‘como el alma y nervio de la sentencia’, constituyen un todo con dicha parte y participan de la fuerza de ésta;

2. Que se entiende por motivos, las razones de hecho y de derecho sobre las cuales el Juez ha apoyado la solución de la litis;

3. Que, en consencuencia, la parte resolutive puede no estar sólo, para los efectos de la cosa juzgada, en el pasaje final del fallo, sino también en aquel o aquellos que contengan el objeto de la decisión judicial, cualquiera que sea forma que asuman y el lugar que ocupen, y

4. Que la fuerza de una sentencia comprende no sólo aquello que se decide de manera expresa, sino también de modo implícito o virtual, así sea para lograr en la nueva litis el reconocimiento de una consecuencia no contemplada en la acción.

Se inclina, por tanto, la jurisprudencia nacional a aceptar la tesis que pone bajo la autoridad de la cosa juzgada, los motivos o elementos de la sentencia, si bien la tesis así enunciada no puede tener un sentido absoluto”. (Gaceta Judicial), t. LXXXII, núm. 2.167, p. 558).

Lo dicho en la providencia anterior fue reiterado por la Corte y reproducido en sus sentencias de 24 de mayo de 1957 (Gaceta Judicial, t. LXXXV, núms. 2.181-2.182, p. 91) y de 28 de agosto de 1963 (Gaceta Judicial, t. CIII-CIV, núms. 2.268 y 2.269, p. 112), entre otras muchas.

Por su parte, el Consejo de Estado, en sentencia de 28 de octubre de 1974, dijo:

“La doctrina moderna, salvo escasas excepciones y la jurisprudencia colombiana sin ninguna vacilación están acordes en afirmar que el efecto de la cosa juzgada se predica de la parte dispositiva de la sentencia y por tal entiende no solamente la decisión *strictu sensu*, sino todo cuanto ella implique, lógicamente y jurídicamente. La doctrina suele denominar estas implicaciones de la decisión ‘cosa juzgada implícita’.

## SALA PLENA

...

Nuestra Corte Suprema de Justicia abunda en reiterada jurisprudencia sobre la materia...

...

Es obvio que así como la cosa juzgada explícita no se tipifica sin la concurrencia de los elementos antes analizados, otro tanto ocurre con la llamada 'cosa juzgada' implícita. Cuando no hay identidad subjetiva, objetiva y causal tratándose de pretensiones de naturaleza privada, o simplemente identidad objetiva y causal en las de naturaleza pública, no se configura la 'cosa juzgada' explícita o implícita. Entonces la motivación de un fallo que se traduzca o proyecte en forma de decisión implícita no tiene significado ni alcance distintos al de una doctrina jurisdiccional. A pesar de esto tan claro no sobra subrayarlo porque a veces, sin que medie la identidad anotada, suelen aducirse simples jurisprudencias como revestidas de la autoridad de cosa juzgada.

Tampoco está de más agregar que la doctrina de la 'cosa juzgada', implícita, concebida en los términos expresados, es la única que se concilia con nuestro sistema constitucional. Si se entendiera que únicamente la decisión explícita produce los indicados efectos, el resultado sería que los preceptos de la Carta Fundamental quedarían condicionados a los vaivenes de la jurisprudencia...

...Estas dos decisiones, tanto la explícita como la implícita, obligan a todo el mundo..." (Anales del Consejo de Estado, t. LXXXVII, núms. 443 y 444, pp. 83, 84 y 86).

En sentencia de 20 de junio de 1979, dijo también el Consejo de Estado:

"En un fallo de inexecuibilidad como en cualquier otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutive, sino también lo implícito en ella". (Anales del Consejo de Estado, t. XCVI, núms. 461 y 462, p. 133).

Y en la sentencia de 9 de septiembre de 1981, el Consejo de Estado reprodujo y reiteró lo dicho en sus providencias anteriores, diciendo que conforme a doctrina reiterada de esa corporación, la cosa juzgada implícita debe acatarse, aun cuando no se compartan los fundamentos del fallo, y concluyó:

"Considera la Sala que frente a la mencionada sentencia de la Corte Suprema de Justicia no puede hacer otra cosa que estarse a los efectos jurídicos de esa decisión y en especial al que se refiere a la cosa juzgada implícita..." (Anales del Consejo de Estado, t. CI, núms. 471 y 472, pp. 210 a 212).

Más recientemente, la Corte Constitucional, en sentencia C-131 de 1° de abril de 1991, explicó:

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de la sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar –no obligatorio–, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigien la jurisprudencia.

La ratio iuris de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto *erga omnes*, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la Corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada inexecutable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado, a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

...

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación –guardiana de la integridad y supremacía de la Carta–, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior” (Gaceta de la Corte Constitucional, t. 4, 1993, pp. 34 y 35).

Y reiteró ese criterio en Sentencia C-037 de 5 de febrero de 1996.

“... sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de la sentencia de la Corte Constitucional. En cuanto hace a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta sólo constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella” (Expediente P. E.-008).

Siendo ello, así, nada añadía el proyecto de artículo adicional referido, en cuanto señalaba que tendría fuerza de cosa juzgada la parte motiva de las sentencias mediante las cuales la Corte Constitucional declarara la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada interpretación, o cuando guardara unidad indisoluble o relación directa o tuviera nexo causal con la parte resolutive de la misma. En otros términos, resultaba inocuo.

Por lo mismo, ello no podría, en ningún caso, determinar situación de conflicto de intereses.

## II

Tal como fueron expuestos los hechos de la demanda, no se advierte relación alguna entre el proyecto de artículo adicional transcrito, y el delito de enriquecimiento ilícito.

Para entender las razones del demandante, sería preciso considerar que mediante el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 se dispuso:

“ARTICULO 10. Adóptanse como legislación permanente las siguientes disposiciones del Decreto Legislativo 1895 de 1989:

ARTICULO 1º. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá, por ese sólo hecho, en prisión de 5 a 10 años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado”.

Y sería preciso considerar, también, que esta disposición fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se dijo.

“La expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente

declaradas, para no violar el debido proceso y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen las calidades de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales” (Gaceta de la Corte Constitucional, 1.993, t. 3, p. 203).

De manera que la aprobación del artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, afectaría los procesos que se adelantarán por enriquecimiento ilícito, en tanto que su juzgamiento sólo podría hacerse en los términos en que fue entendido por la Corte Constitucional, esto es, que las actividades delictivas de que derive el incremento patrimonial injustificado deben estar judicialmente declaradas.

Pero así no fue planteado en la demanda. No se refirió el demandante al artículo 10 del Decreto 2.266 de 1991, ni a la sentencia C-127 de 30 de marzo de 1993. Y no podía la Sala, oficiosamente, tomar en consideración esas circunstancias, supliendo así las explicaciones y los hechos omitidos por el demandante.

Ocurre que en el artículo 4º de la Ley 144 de 1994 fue establecido lo que, por lo menos, debe contener toda solicitud de pérdida de investidura y entre otros aspectos, en el literal c), se exigió la invocación de la causal por la cual se solicitaba la pérdida de la investidura y *su debida explicación*, lo cual fija el marco dentro del cual debe estudiarse y resolverse la solicitud y circunscribe el examen de los cargos, de manera que el juzgador no puede en modo alguno resolver sobre cuestiones no planteadas.

Lo anterior es así, además, si se tiene en cuenta que se trata de un proceso punitivo, y en todos los procesos punitivos, sean éstos penales, disciplinarios o correccionales o cualesquiera otros, porque así lo reclaman el debido proceso y el derecho de defensa que garantiza el artículo 29 constitucional, el inculpado sólo puede ser sancionado por los precisos cargos que le fueron formulados y respecto de los cuales tuvo oportunidad de defenderse.

Entonces, las pretensiones del demandante, también por esta razón, debían ser denegadas.

### III

Por lo demás, no podía la Sala, en mi opinión, concluir que tuvo lugar la alegada violación del régimen de conflicto de intereses que se atribuye al Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, porque no fue probado que en el momento en que votó el artículo nuevo tuviera conocimiento de que en su contra adelantaba la corte suprema de Justicia diligencias por el delito de que trata el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, comúnmente denominado de “enriquecimiento ilícito de particulares”.

Es verdad que el Senador Espinosa Jaramillo, el 13 de diciembre de 1995 y desde antes, sabía que en su contra adelantaba diligencias la Corte Suprema de Justicia. Pero sólo en cuanto tuvo conocimiento de la medida de aseguramiento de detención

## SALA PLENA

preventiva que se dictó en su contra, precisamente por el delito de “enriquecimiento ilícito de particulares”, mediante auto de 14 de los mismos, y sólo entonces, puede afirmarse que tuvo conocimiento de que era ese el delito que se investigaba, y no otro. Antes, ninguna calificación penal había sido dada a su conducta por la Corte suprema de Justicia, o por lo menos no se trajo prueba de ello al expediente.

Y el deber de declarar el impedimento sólo surge cuando el congresista observe o advierta que se encuentra en situación de conflicto, como está dispuesto en los artículos 291 y 292 de la Ley 5ª de 1992, lo que prescribe toda forma de responsabilidad objetiva.

### IV

Por lo expuesto, no compartí la decisión adoptada en la sentencia y creo que, en su lugar, debieron ser denegadas las pretensiones de la demanda.

*Mario Alario Méndez.*

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / DESARROLLO LEGAL - Inexistencia / DESARROLLO LEGAL - Inexistencia**

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es connatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla. Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el Ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o a los jueces para reprimirlo. Cuando el constituyente habla de “régimen de inhabilidades e incompatibilidades” y de “régimen de conflicto de intereses” está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva. Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo. Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador. La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la cámara correspondiente. El no declararse impedido necesariamente no conlleva a causa o conflicto de intereses.

El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omite declararse impedido debiendo hacerlo, pierde investidura la viola-

ción al régimen de conflicto de intereses. Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

### SALVAMENTO DE VOTO

DE LOS SEÑORES CONSEJEROS DOCTORES DANIEL SUAREZ HERNANDEZ Y JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ

Referencia. Expediente AC-3300.

Actor: Emilio Sánchez Alsina.

Los suscritos manifestamos no compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de despojar de la investidura de Congresista al Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses.

Nuestro disentimiento con la sentencia se explica de este modo:

#### a) La figura de la representación y el Congreso.

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa, entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censitario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 258, en estos términos:

“Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común”.

“El voto es un derecho y un deber ciudadano”.

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que la precedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1 de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.
2. Hacer las leyes.
3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración.
4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

**b) Estatuto del congresista.**

Los congresistas, en relación con estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tienen el poder-deber, la función constitucional de hacerlo “consultando la justicia y el bien común”.

Gozan de los derechos fundamentales que la constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el artículo 185 de la carta, así:

“Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento”.

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es con-natural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la Nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

## SALA PLENA

En la Constitución de 1886 estos eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la incompatibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común. (Arts. 180 de la C. P., 281, 282 de la Ley 5ª).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286, Ley 5ª de 1992.

### c) **Pérdida de la investidura de congresista.**

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación. Por ejemplo, en la constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales, y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato – distinto de la figura de la representación– se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

“*Objeto:* garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.

“*Planteamiento general:* el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de

sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura”.

“*Presupuestos básicos*: toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura”. (Gaceta Constitucional número 51, abril 16 de 1991. Página 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

“La pérdida de la investidura de un congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179-4 en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades son restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1”.

“Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevé para este caso porque el derecho de ‘ser elegido’ requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del *jus honorum* que imprime la representación parlamentaria”.

(Expediente número AC-2102. Actor: Enrique Tejada Romero.

Consejero ponente: doctor *Juan de Dios Montes Hernández*.

De modo que la pérdida de la investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo:
2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*.
3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

#### **d) Causales de pérdida de la investidura.**

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el artículo 183-1 estableció dos:

- a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;
- b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (artículos 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le defirió al legislador para que señalara su régimen.

### e) El conflicto de intereses.

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse*, estar entre.

Según el Diccionario de la Real Academia Española significa: "Provecho, utilidad, ganancia"; "Valor que en sí tiene una cosa". "Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc". "Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material".

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo de intereses: materiales, económicos, culturales, psicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

"Los derechos son intereses jurídicamente protegidos", dice Ihering en su obra "El espíritu del derecho romano".

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés general (art. 1), interés patrimonial del Estado (art. 268), interés público o social y colectivo (Arts. 58, 86); interés social (Arts. 51, 58 y 62); intereses de la sociedad (art. 277); interés privado (art. 58).

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de lo que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latín *conflictus*: "Combate, lucha, pelea". "Problema, cuestión, materia de discusión". "Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos".

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español Fernando Savater hace a su hijo esta reflexión:

“Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano”.

“De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan... Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades”. (“Política para Amador”. Ariel, páginas 46, 47 y 8).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquellos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses, como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

“*Objeto.* Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular”.

“*Planteamiento general:* el congresista que considere qué intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente, cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo”.

“*Presupuestos básicos:* como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa”.

## SALA PLENA

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones “conflictos de intereses” y “régimen de conflicto de interés”, en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses.

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (representante o senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es “de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad”, en palabras del profesor Julio A. Prat (“La discrecionalidad administrativa”. “Derecho Administrativo en Latinoamérica”. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Página 170).

El constituyente defirió a la ley la determinación de dicho concepto jurídico, según lo impone la Constitución Nacional en el artículo 182: “La ley determinará lo relativo con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

Cuando el Constituyente habla de “régimen de inhabilidades e incompatibilidades” y de “régimen de conflicto de intereses” está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva.

“Corolario del principio de legalidad es prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico-políticas en que se originó —el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento”, enseña el profesor Manuel García Pelayo en su obra “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”. Editorial Alianza Universidad, página 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente), así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a.- En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b.- En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucionen, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar “consultando la justicia y el bien común” (art. 133 de la C. P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones. (Arts. 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1.-Artículo 182 de la Constitución dice: “Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

Artículo 183, *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2.-El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 286 ordena:

“Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o

## SALA PLENA

primero civil, o a su socio o sus socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”.

Los artículos 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a) Participación de los congresistas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares;

b) Participación en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro;

c) Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal.

En segundo término, los literales a, b y c contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse de participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflictos de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4º y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía, reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en Sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994. (Consejero ponente, doctor Jaime Abella Zárate), expresó:

“4.4. Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió ‘afectar de alguna manera’ a todos los congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuestos o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado”.

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez éstos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además, no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio* decidan cuándo deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar, la segunda es la ratificación del propósito, y la acción es la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso al juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. El Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues éstos cuentan con tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (arts. 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994) citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropriadamente incluidas en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de la investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

## SALA PLENA

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a), la cual tiene procedimientos y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con la presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

*Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración de las providencias AC-2102, Consejero Ponente, doctor Juan de Dios Montes Hernández y AC-1276, Consejero Ponente, doctor Jaime Abella Zárate.

## **PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / INVESTIGACION PENAL - Conocimiento / ENRIQUECIMIENTO ILICITO**

Para la Sala es claro entonces que se requiere prueba inequívoca de que el acusado conocía de la investigación previa o de proceso por delito de enriquecimiento ilícito de particular con anterioridad al 13 de diciembre de 1995, y debía ser por este tipo penal, específicamente, por cuanto es el relato tipificado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 el que, al decir el actor, mediante la consagración legal de carácter obligatorio de las sentencias de control jurisdiccional de la Honorable Corte Constitucional se intentó “convertir... en una conducta subalterna lo cual traía consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley...” En el caso de autos, según se ve a folios 199 a 202, el Senador Espinosa Jaramillo sabía, desde el 11 de agosto de 1995, que se le adelantaban diligencias preliminares, abiertas al día anterior. Y que el 14 de diciembre del mismo año se lo enteró de la apertura de investigación. El 14 de febrero del presente se le dictó medida de aseguramiento “...sin beneficio de excarcelación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares...”. Entonces, conforme a lo transcrito y analizado en los folios dichos, sólo el 14 de febrero se enteró el doctor Espinosa del delito por el que se lo investigaba, pues de sus palabras en la intervención ante el Senado de la República el 13 de diciembre de 1995 y menos por haber solicitado en el mes de julio, según su indagatoria. “...sendos certificados completos en esas sociedades”, aludiendo a distribuidora de productos agrícolas del Diamante y Export Café, no es dable inferir, inequívocamente como se requiere, su conocimiento acerca de la naturaleza del delito de cuya indagación previa fue enterado antes del 13 de diciembre en mención.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con el mayor respeto por la decisión que por mayoría adoptó la Sala en su fallo de 12 de marzo próximo pasado, expreso mi disentimiento con lo allí resuelto en los siguientes breves términos.

## SALA PLENA

En reciente fallo, proferido con ponencia de quien formula este salvamento, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corporación sostuvo:

“En el caso en examen se tiene que no obra prueba de que al Senador XXX se le hubiese recibido antes del 13 de diciembre de 1995 versión preliminar en la investigación previa que se le abrió por Auto de 26 de mayo de 1995, ni otra prueba que acredite inequívocamente que conocía de esa investigación por enriquecimiento ilícito. Por ende, procesalmente desconocía su finalidad y el contenido del acervo allí recaudado hasta esa fecha...” (Sentencia de marzo 5 de 1996. Exp. AC-3302. Actor: Emilio Sánchez Alsina).

Para la Sala es claro, entonces, que se requiere prueba inequívoca de que el acusado conocía de la investigación previa o de proceso por delito de enriquecimiento ilícito de particular con anterioridad al 13 de diciembre de 1995. Y debía ser por ese tipo penal, específicamente, por cuanto es el reato tipificado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 el que, al decir del actor, mediante la consagración legal del carácter obligatorio de las sentencias de control jurisdiccional de la Honorable Corte Constitucional se intentó “convertir... en una conducta subalterna lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley...” (fol. 3).

En el caso de autos, según se ve a folios 199 a 202, el Senador Espinosa Jaramillo sabía, desde el 11 de agosto de 1995, que se le adelantaban diligencias preliminares, abiertas el día anterior. Y que el 14 de diciembre del mismo año se lo enteró de la apertura de investigación. El 14 de febrero del presente se le dictó medida de aseguramiento “...sin beneficio de excarcelación por el delito de enriquecimiento ilícito de particulares...”.

Entonces, conforme a lo transcrito y analizado en los folios dichos, sólo el 14 de febrero se enteró el doctor Espinosa del delito por el que se lo investigaba, pues de sus palabras en la intervención ante el Senado de la República el 13 de diciembre de 1995 y menos por haber solicitado en el mes de julio de 1995, según su indagatoria, “...sendos certificados completos de esas sociedades”, aludiendo a Distribuidora de Productos Agrícolas del Diamante y Export Café, no es dable inferir, inequívocamente como se requiere, su conocimiento acerca de la naturaleza del delito de cuya indagación previa fue enterado antes del 13 de diciembre en mención.

Por ello estimo que el acusado no pudo incurrir en conflicto de intereses por su apoyo y voto del artículo nuevo, que se pretendió agregar al proyecto que pasó a ser la Ley 228 de 1995.

Muy atentamente,

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril 10 de 1996.

*Amado Gutiérrez Velásquez.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración de la providencia de marzo 5 de 1996, Expediente AC-3302.

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / DESARROLLO LEGAL - Inexistencia**

Los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió de la ley su reglamentación y desarrollo. “La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones” (art. 182 último inciso Constitución Política de Colombia). Las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollan la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deben tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético. Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es afín a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de investidura de Congresistas, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se ve comprometida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética. No hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponda a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., abril ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Ref.: Expediente AC-3300. Asuntos Constitucionales.

Actor: Emilio Sánchez Alsina.

## SALVAMENTO DE VOTO

Respetuosamente manifiesto que, con fundamento en las razones enseguida consignadas, salvo el voto en el asunto de la referencia, por estar en desacuerdo con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala Plena de lo Contencioso, el día 12 de marzo del año en curso.

El punto central del debate radica en la aparente existencia de un conflicto de intereses de carácter moral y ético, que se habría presentado por la conducta del Senador Gustavo Espinosa Jaramillo, con motivo de su participación en la sesión del 13 de diciembre de 1995 llevada a cabo en el Senado de la República, durante la cual se votó el proyecto de ley de seguridad ciudadana, que incluyó a última hora un artículo, por cuyo tenor, alcance y contenido significaría un beneficio directo para el congresista votante, en la medida en que le favorecería por su condición de investigado en las diligencias adelantadas por la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente conocido públicamente como el proceso 8.000.

Para formular un juicio respecto de la situación planteada es preciso tener en cuenta los siguientes elementos:

1°. El ordenamiento positivo que regula el caso sub-análisis.

2°. La conducta desplegada por el acusado.

3°. El establecimiento fehaciente del pretendido conflicto de intereses entre la conducta objeto de reproche y el fin perseguido.

1°. En cuanto al primer elemento, advierte el suscrito Consejero que los artículos 182, 183 y 184 de la Carta Política sientan las bases de la institución de la pérdida de investidura de los parlamentarios, sin que ellos constituyan por sí solos una normatividad completa sobre el particular, ya que el propio constituyente defirió a la ley su reglamentación y desarrollo "la ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones" (artículo 182 último inciso Constitución Política de Colombia).

Las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994 desarrollaron la materia respecto de los conflictos que de orden económico pudieran presentarse para los congresistas con ocasión y en ejercicio de su investidura. Nada dijeron estas leyes, ni texto legal posterior versó sobre el tema relativo a situaciones que deban tenerse como potenciales generadores de conflicto de interés moral o ético.

Como el terreno de lo moral y de lo ético es un campo que trasciende el de la conducta externa de los sujetos de derecho y es atinente a su conciencia, resulta imposible para el juzgador suplir al acusado en su fuero interno para reprocharle su conducta y en todo caso imposible aplicar una sanción de tan drástico contenido como es la pérdida de la investidura de congresista, sin que haya referencia cierta a una norma que contenga los supuestos fácticos en los cuales se vea comprendida la conducta enjuiciada, en virtud de actos considerados como faltos de moral y carentes de ética.

Dada la particular naturaleza de este proceso (político-administrativo-disciplinario, pero en todo caso sancionatorio), y las consecuencias de la sanción que implica la aceptación de la solicitud de pérdida de investidura, no queda ninguna duda en cuanto, debe observarse indefectiblemente el principio clásico de la legalidad de los delitos y de las penas, expresado en el brocardo latino "*nullum crimen, nulla pena, sine lege*".

la imposibilidad de tipificar una conducta a voluntad del denunciante o del fallador, para hacerla acreedora de una sanción, radica en que:

"Las cuestiones de valores (es decir aquellas que conciernen a lo que es bueno o malo en sí, independientemente de sus consecuencias) están por fuera del dominio de la ciencia, como los defensores de la religión lo afirman con energía, yo pienso dice Bertrand Russell autor de esta cita, en su libro Ciencia y Religión, Editorial Gallimard, página 171 - que ellos tienen razón sobre este punto, pero yo saco una conclusión suplementaria, que ellos no sacan: las cuestiones de valores están enteramente fuera del campo del conocimiento. Dicho de otra manera cuando afirmamos que tal o tal cosa tiene valor, expresamos nuestras propias emociones y no un hecho que permanecerá cierto si nuestros sentimientos personales fueren diferentes".

Y más adelante agrega:

"La moral está pues estrechamente unida a la política ella es una tentativa para imponer a los individuos los deseos colectivos de un grupo; o, inversamente, ella es una tentativa hecha por un individuo para que sus deseos se conviertan en los de su grupo. Esto no es posible, claro está que si sus deseos no son demasiado visiblemente contrarios al interés general; el maleante difícilmente puede intentar persuadir a las gentes que él les hace bien, aunque los plutócratas hacen tentativas de ese género, y con éxito aun a menudo".

Para rematar esta cita, pertinente es concluir la con las siguientes líneas del mismo autor:

"Para intentar dar una apariencia de importancia universal a nuestros deseos (lo cual constituye el papel de la moral), uno puede ubicarse en dos puntos de vista: El del legislador y el del predicador...".

Frente a ello, se advierte que otra es la labor del Juez y por esa razón considera, el suscrito Consejero que no hay espacio para tomar una decisión en ausencia de reglamento positivo y mucho menos autorización jurídica para asumir papel distinto del que corresponde a su función constitucional y legal, con sujeción a los principios universales que gobiernan el derecho y su aplicación en el estadio de la civilización actual.

Por lo hasta aquí expuesto, ni jurídica, ni filosóficamente, es dado compartir la decisión, pero atendiendo a la necesidad de cumplir con el deber de expresar todas las razones de inconformidad con el fallo objeto de este salvamento, preciso es anotar lo siguiente:

## SALA PLENA

En cuanto a la institución de la pérdida de investidura de origen constitucional, por sus especiales características debe aplicarse con sumo rigor tanto en el análisis de la conducta como en el enjuiciamiento o actividad que corresponde al Juez. El mandato del artículo 184 de la Carta Política facilita el instituto de control y abre el camino de su operancia, con una simple solicitud, nótese que no emplea el concepto de demanda ni el de denuncia que técnicamente tienen un sentido definido. Así se facilita el control y el solicitante tiene como garantía de su derecho, el poder ejercerlo en elemental escrito, en cualquier tiempo durante el ejercicio del mandato del parlamentario, tomándose todo el lapso que estime necesario para recaudar o ubicar con exactitud el elemento probatorio que deberá aducir con la solicitud, pues, el constituyente para garantizar aun más su derecho e impedir que se haga nugatorio fijó un término de alto rango al fallador, “no mayor de 20 días hábiles contados a partir de la fecha de la solicitud formulada...”.

No es posible, so pena de, o violar la Constitución o asumir la tarea del legislador, adoptar procedimientos exorbitantes, tales como el de hacer caso omiso del término claramente establecido, lo cual pone en grave riesgo la observancia del debido proceso y el respeto al derecho de defensa, especialmente cuando específicamente en forma extemporánea se decretan y se practican pruebas que eventualmente pueden quedar sin posibilidad de controversia o de conocimiento del denunciado que independientemente de sus condiciones personales o políticas tiene derecho a controvertir los medios de convicción aducidos en su contra.

Y en cuanto a la persona sujeto del proceso, es preciso hacer notar que por el desconocimiento obvio de un único procedimiento y términos ciertos, en cuya ausencia se toman sobre la marcha del proceso, le resulta conculcada su seguridad jurídica y el derecho a la igualdad frente a la ley.

Nadie ignora el loable propósito del constituyente, tendiente a moralizar el ejercicio del mandato ciudadano, y los reparos que por vía general se enrostran a los legisladores, pero tratándose de la aplicación concreta y en particular de una sanción, es preciso descender de las formulaciones teóricas y generales propias de la sociología o de la política al terreno concreto del derecho, para avanzar prudentemente en el enjuiciamiento de una conducta y la aplicación de una severísima pena, asimilable a la muerte política, en tiempos de proscripción de la muerte civil y de la pena de muerte. Y aún más, dado que el procedimiento y término es expeditivo y breve.

Con las anteriores consideraciones dejo expuesto mi criterio sobre el asunto debatido, dejando claro está mi manifestación de profundo respeto por la ponencia y la decisión mayoritaria.

*Jesús María Carrillo Ballesteros.*

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA / CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / ENRIQUECIMIENTO ILICITO - Naturaleza / PROVIDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Obligatoriedad / COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Efectos**

Ahora se quiere decir al país, como si fuera una verdad inconclusa, que el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 1° del Decreto 1895 de 1989 y adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 es un delito autónomo, cuando la ley así no lo califica y cuando la que lo define como subalterno, no sólo está vigente, sino que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia de 31 de marzo de 1993 (S-127), con el aducido alcance. Situación distinta es la contemplada en el artículo 148 del C. P., porque allí el delito de enriquecimiento ilícito sí puede ser autónomo, pero ya referido al que pueden cometer los servidores públicos. Esta sola circunstancia muestra cómo el senador mencionado, por ser un servidor público, en forma alguna podía favorecerse con el artículo censurado de haber sido aprobado. En otras palabras, para el suscrito uno es el delito de enriquecimiento de los particulares y otro el de los servidores públicos, sujetos a normas penales diferentes. En el congresista pueden coincidir en un momento dado el interés general propio de su función (el bien común y la justicia, según el artículo 133 de C. N.) con el interés personal, particularizado y concreto en la expedición de determinada norma. Hasta aquí y por la sola presencia de ese interés particular aún no se puede hablar de la ocurrencia del conflicto, porque éste sólo se producirá cuando la conducta del congresista motivada por su interés particular, colida con la norma legal que contemple dentro de sus previsiones la consagración de esa conducta como contraria al bien común. En parte alguna dice la Constitución que sólo podrán expedirse ciertas o determinadas leyes. Cosa diferente es que a los congresistas se den circunstancias restrictivas de su competencia, señaladas en la misma Constitución o en la ley, restricciones de derecho estricto por ser limitativas del ejercicio pleno de la competencia congresional, deberán señalarse expresamente en el ordenamiento y que no permitirán, en ningún caso, aplicación analógica. Así, limitarán esa capacidad del congresista las incompatibilidades, el conflicto de intereses, las prohibicio-

nes, los impedimentos y las recusaciones. No se enuncian las inhabilidades porque éstas en lugar de limitar su capacidad, no le permiten acceder a la investidura congresional. Las causales de sello constitucional deberán aplicarse sin que medie la ley que las desarrolle; lo que no sucederá con las de régimen o desarrollo legal, de imposible aplicación mientras no se expida la ley que las regule o consagre. Para poder aplicar a un congresista la sanción de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, tiene que haberse contemplado en la ley, con ese alcance, una determinada conducta que colida con el bien común o interés general de justicia que debe acatar. Se habla de conducta sancionable expresamente señalada, porque los congresistas en el ejercicio del cargo “serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento”. No tendría sentido hacerlos inviolables o inmunes por sus opiniones o votos y luego sancionarlos porque opinaron o votaron en determinado sentido. En otros términos, en ejercicio de la actividad congresional será libre e inmune y sólo punible cuando viole o desconozca una expresa previsión legal coetánea que limite o coarte esa libertad, o cuando implique una contravención al régimen de disciplina previamente establecido. Puede afirmarse hoy que la única causal que puede dar lugar al conflicto de intereses está contemplada en el artículo 16 de la Ley 144, con alcance exclusivamente económico y definitorio. Tal como lo señala la Carta Constitucional, los regímenes cuya violación puede acarrear la pérdida de la investidura de un congresista son fundamentalmente tres: el de inhabilidades, el de incompatibilidades y el conflicto de intereses. Los dos primeros, como se dijo, de regulación constitucional y de aplicación inmediata; y el tercero, el desarrollo legal, aplicable cuando éste produzca y en la medida que, sin colidir con la Carta, limiten, en lo estricto, la libre capacidad del congresista consagrada en el artículo 185 de la Carta. Cuando la Corte Suprema declaró exequible el artículo 1° del Decreto 1895 (norma para conjugar la conmoción interior) lo vinculó con el delito de narcotráfico, fuente principal de esa conmoción, y no buscó penalizar cualquier enriquecimiento ilícito. La conexidad de la norma con el estado de excepción así lo imponía. Pero dicha relación se amplió cuando esa norma se adoptó como legislación permanente, pero no ya referida sólo al delito de narcotráfico, sino al enriquecimiento injustificado derivado de cualquier actividad delictiva. Obsérvese que en Colombia el enriquecimiento por sí solo no está penalizado; y es esta la razón para que la ley penal lo califique de “injustificado”. Ahora bien, si el enriquecimiento ilícito como delito es autónomo o subordinado y su aplicación es idéntica para los servidores públicos y los particulares, serán aspectos que tendrá que definir la Corte Suprema y los demás jueces penales. Si el punto ha sido objeto de amplio debate jurídico, con tesis hoy encontradas, no ve el suscrito porque pueda sancionarse a un congresista que tome partido por una de las tesis. Aquí conserva

todo su rigor el mandato del artículo 185 de la Carta, máxime cuando la conducta que se imputa al congresista no está tipificada en la ley como conflicto de intereses. El conflicto se da cuando existe el choque no cuando se dé la coincidencia de intereses. Mientras no se demuestre que en Colombia el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, es autónomo porque así lo manda la ley, seguiré pensando y sosteniendo que el Senador Espinosa Jaramillo perdió la investidura porque tuvo la osadía de apoyar con su voto una norma legal que recordaba que el artículo 243 de la Constitución de 1991 está vigente y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es obligatoria. Pedir que se respete la Constitución no puede ser motivo de sanción, bajo ningún pretexto, así el que lo pida está investigado penalmente, porque ese respecto del pilar del estado de derecho y cobija por igual a todos los habitantes, sin excepción alguna.

Ref.: Exp.: AC-3300. Asuntos Constitucionales.

## SALVAMENTO DE VOTO

CARLOS BETANCUR JARAMILLO

Con todo respeto manifiesto que salvo el voto en el asunto de la referencia, por cuanto estoy en desacuerdo con la decisión tomada por la mayoría el día 12 de marzo del presente año.

Y lo estoy porque la conducta cumplida por el Senador Espinosa Jaramillo, el día 13 de diciembre de 1995, no sólo no configura un conflicto de intereses, sino porque insistir, mediante una norma legal, en la obligatoriedad tanto del artículo 243 de la Carta como de la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando interpreta con autoridad una norma legal, no puede, bajo ningún pretexto, configurar una conducta punible, sea penal, disciplinaria o política.

Se afirma lo precedente porque ahora se le quiere decir al país, como si fuera una verdad inconcusa, que el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989 y adoptado como legislación permanente por el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 es un delito autónomo, cuando la ley así no lo califica y cuando la que lo define como subalterno, no sólo está vigente, sino que fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante la Sentencia de 31 de marzo de 1993 (S-127), con el aludido alcance. Situación distinta es la contemplada en el artículo 148 del C. P., porque allí el delito de enriquecimiento ilícito sí puede ser autónomo, pero ya referido al que pueden cometer los servidores públicos. Esta sola circunstancia muestra cómo el senador mencionado, por ser un servidor público, en forma alguna podía favorecerse con el artículo censurado de haber sido aprobado. En otras palabras, para el suscrito uno es el delito de enriquecimiento de los particulares y otro el de los servidores públicos, sujetos a normas penales diferentes.

## SALA PLENA

Esta es una realidad que no puede soslayarse por razones extrajurídicas al gusto de la opinión, ya que ni siquiera las citadas normas podrán inaplicarse hoy alegando su inconstitucionalidad, puesto que la decisión antecitada tiene fuerza de cosa juzgada *erga omnes* (art. 243 de la Constitución).

Si Colombia es todavía un estado de derecho, esa es la normatividad vigente y quien reclame su vigencia no podrá ser reo de sanción alguna, llámese como se llame y sea quien sea.

Después de esta introducción, explico a continuación las ideas propuestas, muchas de las cuales expuse durante el debate de asunto similar (Proc. 3302).

### a) La integración normativa

Para la solución del presente asunto será preciso integrar los artículos 182 y 183 de la Carta con los artículo 286 y ss. de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

Esa integración se requiere para atender cuál es el alcance actual de la causal de desinvestidura por violación del régimen de conflicto de intereses.

Sea lo primero indicar que una cosa es tener interés el congresista (en principio debe tener en expedición de la normatividad general, puesto que esto encaja dentro del rol de su competencia); y otra, muy diferente, que la manifestación de ese interés, en un evento determinado, choque o colida con la norma legal que prohíba, so pena de quedar incurso en una sanción, esa forma de ejercicio.

Muestra lo precedente que en el congresista puede coincidir en un momento dado el interés general propio de su función (el bien común y la justicia, según el artículo 133 de la C. N.) con el interés personal, particularizado y concreto en la expedición de determinada norma.

Hasta aquí y por la sola presencia de ese interés particular aún no se puede hablar de la ocurrencia del conflicto, porque éste sólo se producirá cuando la conducta del congresista motivada por su interés particular, colida con la norma legal que contemple dentro de sus previsiones la consagración de esa conducta como contraria al bien común.

Se entiende lo precedente, con apoyo en la competencia que tienen los congresistas (por regla general, el Congreso puede expedir todas las leyes que la marcha del Estado requiera, dentro de los lineamientos señalados en el artículo 150 de la Carta en armonía con el 133). En principio, esa competencia es plena. En parte alguna dice la Constitución que sólo podrán expedirse ciertas o determinadas leyes. Cosa diferente es que frente a los congresistas se den circunstancias restrictivas de su competencia, señaladas en la misma Constitución o en la ley; restricciones de derecho estricto que por ser limitativas del ejercicio pleno de la competencia congresional, deberán señalarse expresamente en el ordenamiento y que no permitirán, en ningún caso, aplicación analógica.

Así, limitarán esa capacidad del congresista las incompatibilidades, el conflicto de intereses, las prohibiciones, los impedimentos y las recusaciones. No se enuncian las inhabilidades porque éstas en lugar de limitar su capacidad, no le permiten acceder a la investidura congresional.

Frente a la primera, la Carta contiene su catálogo taxativo de causales en su artículo 180 (salvedad hecha de la causal que contempla el artículo 110 de la misma Carta no aceptada en forma unánime por la Sala). En cuanto a las restantes, por voluntad de la Carta, su reglamentación compete exclusivamente a la ley.

Significa esto que las causales de sello constitucional deberán aplicarse sin que medie la ley que las desarrolle; lo que no sucederá con las de régimen o desarrollo legal, de imposible aplicación mientras no se expida la ley que las regule o consagre.

La idea precedente se desprende del mandato contenido en el artículo 182 de la Constitución; el cual, en su parte inicial, le impone a los congresistas el deber de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de orden moral o económico (impedimentos) que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

Pero ese artículo 182 no se queda en el referido enunciado, ya que a renglón seguido defiere a la ley la determinación tanto del régimen de conflicto de intereses como del de impedimentos y recusaciones; dos regímenes que, aunque relacionados, no tienen un tratamiento único ni en la ley ni en la Constitución. Tan cierto es esto que la violación del último de los citados no constituye causal de desinvestidura, en los términos del artículo 183.

Se entiende así que la atribución que el constituyente le hace al legislador no podrá delegársela al juez, ni ser asumida por éste sin violar las reglas de competencia y el principio de la separación de los poderes públicos; en otras palabras, el juzgador no podrá crear causales constitutivas del conflicto ni motivos de impedimento, por ser éstos de derecho estricto.

En este orden de ideas, para poder aplicar a un congresista la sanción de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, tiene que haberse contemplado en la ley, con ese alcance, una determinada conducta que colida con el bien común o interés general de justicia que debe acatar.

Se habla de conducta sancionable expresamente señalada, porque los congresistas en el ejercicio del cargo "serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento". No tendría sentido hacerlos inviolables o inmunes por sus opiniones o votos y luego sancionarlos porque opinaron o votaron en determinado sentido.

Esta prohibición, que está contemplada en el artículo 185 de la Carta, reafirma la competencia general que tienen los congresistas y muestra que, en principio, los votos y las opiniones que emitan no serán sancionables, salvo cuando violen las normas disciplinarias reguladas en el reglamento respectivo o la normatividad que regula los

## SALA PLENA

regímenes de inhabilidades, incompatibilidades, prohibiciones, conflicto de intereses o recusaciones. En otros términos, el ejercicio de la actividad congresional será libre e inmune y sólo punible cuando viole o desconozca una expresa previsión legal coetánea que limite o coarte esa libertad, o cuando implique una contravención al régimen de disciplina previamente establecido.

A esta altura del discurso, se pregunta el suscrito: ¿Existirá hoy en Colombia el régimen de conflicto de intereses de que habla la Constitución en sus artículos 182 y 183? ¿Conformarán ese régimen los artículos 286 y ss. de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994? ¿Constituirán estas normas un estatuto completo o únicamente una reglamentación parcial del fenómeno?

Antes de responder a tales interrogantes debe precisarse que la noción “conflicto de intereses” es una noción jurídica y como tal no podrá evaluarse o medirse sino con sujeción a una normatividad dada. No es así una noción meramente semántica cuyo alcance o interpretación pueda hacerse por el común de las gentes en su sentido natural u obvio.

### b) El principio de legalidad

El artículo 182 de la Carta con su expresa remisión a la ley para la determinación del régimen de conflicto de intereses, con efectos sancionadores para el congresista que lo infrinja, legaliza dicho régimen; vale decir, impone en su campo el principio de la legalidad punitiva preexistente, principio del constitucionalismo y pilar del estado de derecho, recogido entre otros en los artículos 28, 29 y 30 de la Constitución del 91.

Principio de legalidad que presenta como rasgos esenciales:

a) Toda norma de naturaleza punible (delictiva, contravencional, disciplinaria, correccional o de policía) debe ser de jerarquía constitucional o legal, o autorizada por ley conforme a la Constitución;

b) Debe ser preexistente a la ocurrencia del hecho que se estima sancionable y estar vigente al momento de su ocurrencia;

c) Debe ser clara, precisa y delimitada y no implícita, ambigua, equívoca, extensiva o analógica, a no ser que en este último evento su aplicación favorezca al implicado.

Estos principios, de aplicación no sólo en el derecho penal, se refuerzan aún más con lo que contempla el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 (Código Disciplinario Único), en el cual dispone que en materia disciplinaria queda poscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

### c) El conflicto y su desarrollo

Atrás se formularon algunos interrogantes que es preciso responder y los cuales permiten afirmar: 1) Sí existe en Colombia el régimen de conflicto de intereses, no

sólo por lo enunciado de los artículos 182 y 183 de la Constitución, sino por la consagración en la ley de una causal específica, cual es la contemplada en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994. 2) Los artículos 286 y ss. de la Ley 5ª de 1992, aunque dicen desarrollar el tema “conflicto de intereses”, no lo regulan, sino que sólo prevén normas de procedimiento para hacer operante los impedimentos de los congresistas por interés directo; y 3. En la actualidad el aludido régimen es fragmentario, incompleto y el legislador deberá completarlo para contemplar en él no sólo las causales específicas de orden moral o ético, sino otras de carácter económico, distintas a las del mencionado artículo 16, que le impidan a los congresistas el ejercicio inviolable y libre que la misma Carta les permite. Hasta la fecha el juez de la desinvestidura no es el juez de la moral del congresista; entre otras razones porque la moral es autónoma y no heterónoma.

En este orden de ideas, se observa:

Puede afirmarse hoy que la única causal que puede dar lugar al conflicto de intereses está contemplada en el artículo 16 de la Ley 144, con alcance exclusivamente económico y definitorio. Para corroborar este aserto baste transcribir su texto. Dice la norma:

**“Artículo 16. Conflicto de intereses. Definición.** Los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que, decida si los congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos”.

En cambio, la sección cuarta de la Ley 5ª de 1992, pese a su título, que crea equívocos, no tipifica y ni siquiera señala conducta alguna que permita hablar que su ocurrencia genere el conflicto. Esta sección que no define las conductas constitutivas del conflicto, sólo desarrolla el procedimiento que debe seguirse en caso de impedimentos cuando el congresista tenga interés directo personal o lo tenga su cónyuge o compañera o compañero permanente o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, en el asunto legislativo en el cual deba intervenir con sus opiniones o votos. Sección que indica que la conducta omisiva del congresista podrá ser sancionada, no por el juez de la desinvestidura, sino por la Comisión de Ética del Congreso.

Tan cierto es que dicha sección de la ley no pretende establecer el régimen de conflicto de intereses, que ni siquiera define qué se entiende por interés directo (noción que no puede dejársele al juzgador porque la Carta en su artículo 182 se la defirió en forma indelegable al legislador), ni precisa ninguna conducta con alcances moral o económico que pueda dar lugar al conflicto, sino que se reduce a señalar el derrotero para el manejo de los impedimentos. A este respecto el suscrito comparte el siguiente aparte del concepto fiscal emitido por el doctor Alier E. Hernández Enríquez, Procu-

## SALA PLENA

rador Quinto Delegado, en el proceso de desinvestidura del Senador Guerra de la Espriella (Proc. AC-3301):

“Queda por saber lo relativo a las causales consistentes en las situaciones de carácter moral que inhiban al congresista para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración (artículo 182 C. N.)

“Hay quienes piensan que cuando el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 señala el ‘interés directo’ en la decisión que afecte de ‘alguna manera’ al propio congresista, a su cónyuge, compañero o compañera permanente o a alguno de los parientes dentro de los límites allí establecidos, se están reglamentando las causales que desarrollan tales situaciones de orden moral constitutivas de conflicto de intereses.

“Esa apreciación no parece ser la correcta sin embargo; no se debe perder de vista que el conflicto de intereses, si bien tiene su propia naturaleza, se hermana con las inhabilidades, las incompatibilidades y las prohibiciones en cuanto constituyen excepciones a la capacidad de los congresistas; y que, por lo tanto, el régimen que lo consagre, el cual –por mandato constitucional (art. 182)–, solamente lo puede expedir el legislador, debe tipificar las conductas constitutivas de conflicto.

“Es que para el caso de los conflictos de interés el constituyente definió a la ley, y sólo a ella, el señalamiento de su régimen, concepto dentro del cual está incluido el señalamiento de las causales constitutivas de conflicto. Y así lo hizo el legislador, como se ha visto, para algunas situaciones de orden económico que pueden adicionarse o modificarse en el futuro por el propio legislador; no se ha ocupado sin embargo, seguramente por la dificultad que ello implica, en determinar las causales de conflicto de intereses derivadas de las situaciones de orden moral que afecten a los congresistas.

“Esta atribución constitucional del legislador no puede ser delegada al juez (ni siquiera por él mismo), ni ser asumida por este último porque pertenecen a órbitas de competencia de distintas ramas del Poder Público.

“De modo que, situados en esta hipótesis hermenéutica, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 en su primera parte, no está consagrando una causal de conflicto de intereses; se podría decir que, por su generalidad, traza simplemente el marco dentro del cual se deben especificar, una a una, las causales de conflicto. El término ‘interés directo’ que utiliza la ley, no es constitutivo, en este caso, de lo que la doctrina denomina un concepto jurídico indeterminado cuya determinación corresponda al juzgador.”

Siguiendo con la argumentación, se observa:

Tal como lo señala la Carta Constitucional, los regímenes cuya violación puede acarrear la pérdida de la investidura de un congresista son fundamentalmente tres: el

de inhabilidades, el de incompatibilidades y el de conflicto de intereses. Los dos primeros, como se dijo, de regulación constitucional y de aplicación inmediata; y el tercero, de desarrollo legal, aplicable cuando éste se produzca y en la medida que, sin colidir con la parte, limiten, en lo estricto, la libre capacidad del congresista consagrada en el artículo 185 de la Carta.

Lo precedente permite concluir:

a) Que si bien el régimen de conflicto de intereses tiene su desarrollo inicial en la ley, es aún fragmentario, ya que todavía no es un régimen completo, comprensivo de las posibles conductas que deban sancionarse para garantizar la prevalencia del interés general de orden público sobre el personal o particular del congresista o su familia;

b) Que ni en la Ley 5ª ni en la 144 se regula la conducta que permita subsumir en ella lo que se le imputa al congresista demandado en el libelo inicial;

c) Que aún en la hipótesis de que pudiera hablarse de que cuando el Senador Espinosa Jaramillo votó ese 13 de diciembre tenía el interés que se le endilga, ese sólo hecho no configura el conflicto, porque la conducta que cumplió no tiene la norma prohibitiva de referencia en la cual pueda subsumirse.

Lo anterior, permite afirmar que sobra en cierto sentido estudiar el contenido y alcance del artículo censurado, no sólo frente a la cosa juzgada constitucional, la doctrina o la Constitución Política.

No obstante, brevemente se tocan tales aspectos, así:

a) El contenido del acto en cuestión. Dice el proyecto:

**“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia (sic) de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en los siguientes casos:**

**“1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.**

**“2°. Cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal (sic) con la parte resolutive de la misma.**

**“3°. En los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta.”**

## SALA PLENA

Según la parte demandante, el Senador Espinosa Jaramillo ese 13 de diciembre de 1995 “promovió y votó un proyecto de ley” que pretendía presumiblemente convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna y no en un delito autónomo; en otras palabras, a juicio de la demanda, no sólo se buscó esto último, sino que se quería por ese medio suspender el proceso que por ese delito se le adelanta ante la Corte Suprema.

Pues bien. Fuera de lo vago e impreciso del cargo, que parte de una presunción personal del demandante no demostrada y que no puede tomarse como una verdad procesal, *per se*, el expediente muestra una realidad diferente, como que; el congresista demandado, con otro grupo de colegas, sólo intentó elevar a rango legal una jurisprudencia de la Corte Constitucional.

### d) La cosa juzgada constitucional

Los cargos formulados en la demanda imponen la confrontación del texto cuestionado (el artículo objeto de censura) que se le pretendió introducir a la que hoy es la Ley 228 de 1995, con los artículos 230 y 243 de la Constitución y 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991, para definir si la propuesta formulada no fue más que un ardid para satisfacer los intereses particulares de los proponentes y adherentes o la consagración, dentro de la ley, de unos principios de rango constitucional de interés general que están en el espíritu de la nueva Carta.

Para el artículo 230 los jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley; y la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

Pues bien, mientras en esta norma se le da a la jurisprudencia de los jueces en general únicamente el alcance de criterio auxiliar y por ende, no obligatorio, el artículo 243 de la misma Carta le otorga a la jurisprudencia de la Corte Constitucional un rango diferente de mayor proyección, como que le impone el sello de la cosa juzgada constitucional. En otras palabras, la hace obligatoria. Dice la mencionada norma:

*Artículo 243. Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.*

El texto que se acaba de transcribir, armonizado con el antecitado artículo 230, fue compendiado en el artículo cuestionado, lo cual, de por sí, no lo hace censurable, máxime cuando con él o sin él no cabe desconocer la vigencia del artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, adoptado como legislación permanente por el artículo 10 de Decreto 2266 de 1991; norma que fue declarada executable también mediante la sentencia de la Corte Constitucional de 30 de marzo de 1993 (C-127). Se utiliza la expre-

sión “también” porque ese artículo 1º del Decreto 1895 había sido declarado exequible por la Corte Suprema en su sentencia de 3 de octubre de 1989.

Así, entonces, la normatividad antecitada, fuera de estar vigente, está amparada con el sello de la cosa juzgada constitucional y por tanto, es de obligatorio acatamiento.

En otras palabras, la norma proyectada era inocua no sólo porque se limitaba en lo fundamental a repetir algo que estaba en la Constitución (art. 243) y que tenía el aval de la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias antecitadas), sino porque el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991 soluciona las inquietudes que se pensaban zanjar con la aprobación del nuevo texto.

Para corroborar este aserto y sólo para los fines aquí pretendidos, porque en ninguna forma se quiere invadir la competencia de los jueces penales, se transcribe la norma que fue declarada exequible por dicha Corporación el 3 de octubre de 1989 y que igualmente fue declarado constitucional luego cuando en virtud del Decreto 2266 de 1991, se convirtió en legislación permanente (art. 10).

Dice el aludido artículo:

“Artículo 1º. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese sólo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado”.

En torno a esta norma dijo la Corte el 30 de marzo de 1991 en su sentencia distinguida con el número 127/93:

*“La expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales.”* (Gaceta de la Corte Constitucional - 1993, pág. 203). (Subrayas fuera de texto).

Muestra lo anterior y el estudio de los precedentes constitucionales, que cuando la Corte Suprema declaró exequible el artículo 1º del Decreto 1895 (norma para conjuar la conmoción interior) lo vinculó con el delito de narcotráfico, fuente principal de esa conmoción, y no buscó penalizar cualquier enriquecimiento ilícito. La conexidad de la norma con el estado de excepción así lo imponía.

Pero dicha relación se amplió cuando esa norma se adoptó como legislación permanente, pero no ya referida sólo al delito de narcotráfico, sino al enriquecimiento

injustificado derivado de cualquier actividad delictiva. Obsérvese que en Colombia el enriquecimiento por sí sólo no está penalizado; y es esta la razón para que la ley penal lo califique de “injustificado”.

Ahora bien, si el enriquecimiento ilícito como delito es autónomo o subordinado y si su aplicación es idéntica para los servidores públicos y los particulares, serán aspectos que tendrá que definir la Corte Suprema y los demás jueces penales; pero para los fines de esta decisión, cabe afirmar que quien intentó con su voto convertir en ley el artículo censurado tenía fundamentos serios y plausibles para hacerlo apoyado en la jurisprudencia constitucional con el alcance que le da el artículo 243.

Y nadie ha dicho que si el interés general del bien común coincide con el personal del congresista la conducta de éste configure un conflicto.

Además, si el punto ha sido objeto de amplio debate jurídico, con tesis hoy encontradas, no ve el suscrito porqué pueda sancionarse a un congresista que tome partido por una de las tesis. Aquí conserva todo su rigor el mandato del artículo 185 de la Carta, máxime cuando la conducta que se imputa al congresista no está tipificada en la ley como conflicto de intereses. El conflicto se da cuando existe el choque no cuando se dé la coincidencia de intereses.

Tal como se expresó atrás, el proyecto cuestionado también deberá confrontarse con lo que disponen los artículos 21 y 23 del Decreto 2067 de 1991; normas que fueron objeto del control de constitucionalidad por la Corte Constitucional en sus sentencias de 25 de marzo y 1° de abril de 1993. En estos fallos la Corte reafirmó el alcance de la jurisprudencia constitucional y el acatamiento que se le debe por las demás autoridades y por los particulares.

Aunque la primera sentencia no tiene mayor incidencia en el punto aquí tratado, como que se refiere a los incisos segundo y cuarto del artículo 21 del Decreto 2067 y el artículo 24 para declararlos inexecutable, el segundo fallo, el de 1° de abril (Sent. 131/93), luego de hacer el análisis de la “cosa juzgada constitucional” declaró inexecutable la expresión “obligatorio” del artículo 23 del mismo decreto, pero hizo importantes precisiones en cuanto al alcance del fenómeno en relación con la totalidad de la sentencia y en cuanto que es la misma Corte Constitucional la competente para determinar los efectos obligatorios de sentencia, con esta advertencia lapidaria: “para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada (Sent. 113/93) que en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta a aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel”.

Y precisamente sobre el alcance de las leyes interpretativas, ese alto tribunal anota:

“Si la norma es declarada executable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en la dispositiva.

*“Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: Primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es **norma normarum**, de conformidad con el artículo 4° idem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada **constitucional**, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son **erga omnes**, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.*

*“Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la corporación –guardiana de la integridad y supremacía de la Carta–, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución. Ello, de paso, atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior”. (Foro Colombiano. Tomo 49. No. 291. Septiembre de 1993. Pág. 214).*

Y en cuanto al carácter obligatorio de los fallos de constitucionalidad observa:

“En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

“Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

*“Las sentencias que profiere la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de **obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares**. (Negrillas fuera de texto).*

“Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

“Es de anotar que tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

“El inciso 1° se limita a copiar parcialmente el inciso 1° del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional, que ‘son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares’. Declaración que, en rigor no quita ni pone rey, por ser redundante, pues el hacer **tránsito a cosa juzgada**, o el tener ‘el valor de la cosa juzgada constitucional’, no es en rigor un efecto de la sentencia; no, más bien es una cualidad propia de ella, en general.

“Piénsese que aún en los casos en que la Corte declara exequible una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues, en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.

“Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto **erga omnes**, por la naturaleza misma de la acción y por finalidad.” (O. C.)

Se insiste en estos tópicos únicamente para evaluar la conducta asumida por el Senador Espinosa Jaramillo durante el proceso de expedición de la que hoy se conoce como Ley 228 de 1995 y no para definir un problema penal; definición que, como se dijo, tiene otros jueces. Pero en materia de desinvestidura no existe perjudicialidad, puesto que en este proceso se juzga sólo la conducta política del congresista; y para el efecto, el suscrito no tiene reparo alguno para aceptar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los términos propuestos. Jurisprudencia que fue ratificada por la Corte Constitucional en su fallo de 5 de febrero del presente año (C-037/96) con ponencia del señor Magistrado Naranjo Meza, en los siguientes términos:

“De lo dicho, se desprende claramente la exequibilidad de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, ésta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

Dice la norma declarada constitucional en el antecitado fallo:

“Artículo 48. Alcances de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

*“1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace tiene carácter obligatorio general.”*

*“2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tiene carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”* (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Tomo III - Sent C-037 - Corte Constitucional - Bogotá, febrero 5 de 1996).

#### e) **La conclusión**

Muestra lo precedente que el congresista Espinosa Jaramillo no merecía la pérdida de su investidura porque causal alegada para el efecto en la demanda no sólo no fue acreditada, sino porque el motivo alegado no tiene consagración expresa en la ley que dice contener el régimen de conflicto de intereses.

La acusación, como se dijo, sostiene que el senador demandado pretendía no sólo “presumiblemente convertir el enriquecimiento ilícito en una conducta subalterna y no en un delito autónomo”, sino que quería por ese medio suspender el proceso que por ese delito se le adelantaba en la Corte Suprema.

La Sala no encuentra probadas tales imputaciones. De la constancia expedida por la Sala de Casación Penal de dicha Corporación sólo se desprende que contra el Senador Espinosa Jaramillo se adelantan unas diligencias preliminares, a las cuales no había sido vinculado hasta ese 13 de diciembre de 1995.

Las apreciaciones que la Sala tuvo sobre las intenciones, propósitos o móviles que tuvo el Senador para votar el proyecto del artículo en cuestión no debieron pasar de la especulación teórica, puesto que las acusaciones hechas en la demanda, en forma dubitativa, no fueron probadas en el proceso.

Por lo mismo, no es posible encontrar relación de causalidad entre el artículo proyectado (norma de contenido absolutamente general y abstracto) y las investigaciones preliminares que se adelantan ante la Corte Suprema en contra del citado Senador. Diligencias preliminares a las cuales no había podido tener acceso el investigado ese 13 de diciembre porque frente a él no se había dado aún la hipótesis prevista en el artículo 321 de C. de P.P.

Finalmente se observa:

Frente a esta clase de asuntos se ha desatado una ola de desinformación en la prensa que impresiona de veras. Hasta el punto que se ha dicho al país, en todos los tonos, que con el artículo censurado, que se trató de incluir en la Ley 228 de 1995, los congresistas interesados querían convertir el enriquecimiento ilícito en un delito subordinado o subalterno de otro delito. Pues eso es una seria falacia, que debe, en honor a la verdad, despejarse al país porque dicho delito fue consagrado con tal alcance desde el gobierno del doctor Barco (Dec. 1895 de 1989) y adoptado como legislación permanente durante el gobierno del doctor Gaviria (art. 10 del Dec. 2266 de 1991); y porque fue la Corte Suprema primero (Sent. de octubre 3 de 1989) y luego la Corte

## SALA PLENA

Constitucional las que declararon que esas normas eran exequibles (Sent. C-127 del 30 de marzo de 1993). Obsérvese que en este último fallo se señala, en forma inequívoca y clara, que el enriquecimiento injustificado debe tener como causa una actividad delictiva judicialmente declarada.

Su acatamiento, así, no es un problema de gusto o de conveniencias. Mientras estén vigentes las normas declaradas exequibles y el artículo 243 de la Carta, su cumplimiento será obligatorio y el Consejo de Estado no puede ser la excepción ni puede alegar su inaplicabilidad.

En suma: Mientras no se demuestre que en Colombia el delito de enriquecimiento injusto regulado en el artículo 10 del Decreto 2266 de 1991, es autónomo porque así lo manda la ley, seguiré pensando y sosteniendo que el Senador Espinosa Jaramillo perdió la investidura porque tuvo la osadía de apoyar con su voto una norma legal que recordaba que el artículo 243 de la Constitución de 1991 está vigente y que la jurisprudencia de la Corte Constitucional es obligatoria. Pedir que se respete la Constitución no puede ser motivo de sanción, bajo ningún pretexto, así que lo pida esté investigado penalmente, porque ese respeto es el pilar del estado de derecho y cobija por igual a todos los habitantes, sin excepción alguna.

Pero, infortunadamente, esto no es de extrañar hoy, en un país en el cual hasta el mismo Presidente de la República tiene que reclamar en todos los tonos que en su enjuiciamiento se respete la garantía del debido proceso.

Con todo respeto,

*Carlos Betancur Jaramillo.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo diecinueve (19) de mil novecientos noventa y seis (1996).

**NOTA DE RELATORIA:** Se menciona la Providencia número 127 de mayo 30 de 1991 de la Honorable Corte Constitucional.

**PERDIDA DE INVESTIDURA / SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO / CONSEJO DE ESTADO / COMPETENCIA / CONSTITUCION POLITICA - Vigencia**

La excepción de incompetencia propuesta carece de asidero legal en virtud de que la competencia para conocer y decidir sobre los procesos de pérdida de investidura son de rango constitucional. El artículo 184 de la Carta Política de 1991 la atribuyó expresamente al Consejo de Estado, sin que la norma haga salvedades en cuanto a que su aplicación sea únicamente en relación con hechos posteriores a la elección del Congresista. Tampoco las hace el artículo 183 *ibidem*, norma que al enumerar las causales de pérdida de investidura señala en el numeral 1° de la violación del régimen de inhabilidades, que se basa según la jurisprudencia, en la imposibilidad jurídica de una elección válida, menos aun la Ley 144 de 1994 que al desarrollar dicha institución, estableció en el artículo 1° que el Consejo de Estado conocerá y sentenciará en única instancia, los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los Congresistas y en los siguientes fijó el procedimiento para la solicitud. Del artículo 1° de la expresión “en pleno” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-247/95 del 1° de junio de 1995, y por tanto, es a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no al Consejo de Estado en Pleno a quien corresponde conocer el presente asunto, por tratarse de una función eminentemente jurisdiccional.

**CONGRESISTA - Inhabilidad / SERVIDOR PUBLICO / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO / NORMA CONSTITUCIONAL - Aplicación**

Los Congresistas son servidores públicos en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 superior y por tal motivo le es aplicable el artículo 122 *ibidem*, que en su inciso 5°, como ya se vio inhabilita para el desempeño de funciones públicas a quienes ostentando esa calidad, sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

**CAUSALES DE INHABILIDAD / CONDENA PENAL / CONCEJAL - Inhabilidad / EDIL - Inhabilidad / PERSONERO - Inhabilidad / CONGRESISTA - Inhabilidad / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Inhabilidad**

El artículo 43 de la Ley 136 de 1994, señala que: “No podrá ser Concejal: 1. Quien haya sido condenado a la fecha de la inscripción por sentencia judicial a pena privativa de la libertad...” o el artículo 95 *ibidem* al disponer: “No podrá ser elegido Alcalde quien: 1. Haya sido condenado por más de dos años a pena privativa de la libertad entre los diez años anteriores a su elección...”. La misma expresión la utilizan los artículos 124 numeral 1 y 174 ordinal e) de la citada ley, al establecer el régimen de inhabilidades para miembros de las juntas administradoras locales y personeros, respectivamente, incluso el artículo 179 de la C. N., hace más precisión al estatuir en el numeral 1º, que no podrán ser congresistas quienes no hayan sido condenados a cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad...”, disposición que también le es aplicable al Presidente de la República (art. 179 C. N.).

**NORMA CONSTITUCIONAL - Aplicación / CONDENA PENAL**

En el caso del artículo 122 inciso quinto de la C. N., es indudable que su aplicación sólo cabe hacia el futuro a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la Constitución Política y no en cualquier época como lo afirma el solicitante sin fundamento alguno. El verbo rector de la inflexión empleada por el constituyente para referirse a la condena penal, no da lugar a esa deducción porque corresponde a un tiempo futuro, dirección en la cual también apunta el enunciado “quedará inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas” al establecer en últimas la causal.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA / SANCION PENAL / PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD / DELITO POLITICO - Excepción / DELITO CULPOSO - Excepción / CONGRESISTA - Representante / PECULADO CULPOSO**

La sanción de carácter penal de la que se hace derivar la causal, data del 10 de noviembre de 1971 época anterior a la vigencia de la norma que la consagra, norma que por las razones precedentes no tiene operancia en este caso. Su invocación y no la del artículo 179 de la Constitución que contempla la causal específica por condena mediante sentencia judicial, en cualquier época, relacionadas con los congresistas, en opinión de la sala obedece a que en este texto constitucional, la sanción consiste en pena privativa de la libertad exceptuándose los delitos políticos o culposos, sanción que no es la impuesta al doctor Ramón Elejalde Arbeláez en la sentencia que se esgrime como prueba de la causal, donde fue condenado a la privación del empleo y al pago de una suma de

**dinero por el delito de peculado culposo, que como atrás se vio y es planteamiento reiterado de la defensa y del Ministerio Público, en el caso de los congresistas constituye excepción a la regla que establece la causal de inhabilidad para éstos.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecisiete (17) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: *Doctor Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Radicación número AC-3176.

Referencia: Asuntos constitucionales - Pérdida de investidura - Doctor Ramón Elejalde Arbeláez.

Actor: Ana Julia Ramírez Estrada.

La ciudadana de la referencia, solicita al Consejo de Estado declarar la pérdida de investidura como representante a la Cámara del doctor Ramón Elejalde Arbeláez quien fue elegido para el período legislativo 1994 - 1998.

Fundamenta la solicitud en los hechos que la Sala resume así:

1.-Mediante sentencia de noviembre diez (10) de 1971, el doctor Ramón Elejalde Arbeláez fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito de Frontino (Antioquia) como responsable del delito de peculado culposo.

2.-Según constancia expedida por la Secretaría del citado juzgado, la sentencia condenatoria quedó ejecutoriada en noviembre de 1971.

3.-En las elecciones realizadas el 13 de marzo de 1994, el señor Elejalde Arbeláez fue elegido representante a la Cámara por la circunscripción electoral de Antioquia, para el período 1994-1998, según declaración efectuada por la organización electoral, Registraduría del Estado Civil de este departamento, cargo del cual tomó posesión y ha venido ejerciendo desde el 20 de julio de 1994.

La solicitante invoca como norma jurídica violada el artículo 122 inciso tercero de la Constitución Nacional y en este acápite agrega: "Aunque la condena penal está calendarada con anterioridad a la vigencia de la Constitución del cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991), sin embargo, la inhabilidad corre a partir de esa fecha hacia el futuro, por lo que el señor Ramón Elejalde Arbeláez estaba inhabilitado para ser elegido representante a la Cámara por el período comprendido entre 1994 y 1998.

Siendo cierto que la condena penal por un delito contra el patrimonio del Estado data de noviembre de mil novecientos setenta y uno (1971), la interpretación del inciso tercero del artículo 122 es que incluye las condenas ocurridas en cualquier época,

## SALA PLENA

pero la inhabilidad se crea a partir del cuatro (4) de julio de mil novecientos noventa y uno (1991)".

### PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA SOLICITUD

El congresista doctor Ramón Elejalde Arbeláez, en escrito presentado dentro de los tres (3) días siguientes al de notificación del auto admisorio de la solicitud, manifiesta que se opone a las pretensiones de la,actora, bajo los siguientes razonamientos:

Si bien la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-319 de julio 14 de 1994, declaró inexecutable el artículo 297 de la Ley 5ª de 1992 y a su vez el Consejo de Estado inaplicó la reedición de dicha norma contenida en el artículo 5º de la Ley 144 de 1994, esas decisiones no afectaron la vigencia de la disposición final de este artículo, en cuanto exige como requisito de la demanda de desinvestidura que no se trate de delitos políticos o culposos.

El doctor Elejalde Arbeláez estima que en su caso está demostrado con los documentos allegados, que el antecedente judicial de hace veinticuatro años versó sobre el delito de peculado culposo, por ello cabe dentro de las excepciones que contemplan los artículos 179 numeral 1º de la Constitución y 5º de la Ley 144 de 1994 para enervar el proceso de pérdida de investidura.

Observa que el artículo 122 de la Carta guarda silencio acerca de si los delitos culposos quedaron o no incluidos como causal inhabilitante. Sin embargo, agrega el artículo 179 numeral 1 *ibidem*, especial y específico para los congresistas, excluye inequívocamente las condenas por delitos políticos o culposos.

Hace énfasis en el hecho de que las sanciones constitucionales no pueden hacerse retroactivas a un tiempo anterior al de su entrada en vigencia (julio 4 de 1991). El principio general de la ley previa exige que la autoridad competente tipifique la "inconducta" y determine su sanción antes de la comisión de los hechos.

También observa que la inhabilitación del artículo 122 de la Carta no genera una condena vitalicia, imprescriptible e irredimible sino temporal conforme a los artículos 28 inciso final y 34 de la Constitución.

Finalmente como excepción propone la de incompetencia de la Sala Plena para decidir sobre este asunto por versar sobre hechos anteriores a su elección como representante a la Cámara y además, por estimar improcedente la vía judicial escogida para impugnar la elección, "que es lo que en el fondo se está intentando".

### AUDIENCIA PUBLICA

Conforme a lo preceptuado en los artículos décimo y once de la Ley 144 de 1994, en la fecha señalada 12 de diciembre del año en curso se llevó a cabo la audiencia pública en este proceso.

En primer término hizo uso de la palabra la Procuradora Décima Delegada ante el Consejo de Estado, manifestando que en concepto del Ministerio Público, no procede la pérdida de investidura del Representante a la Cámara Ramón Elejalde Arbeláez, ya que el hecho en el cual se sustenta la solicitud está expresamente excepcionado como causal de inhabilidad. En escrito presentado como resumen de su intervención, señala que las causales de inhabilidad que impiden legalmente a un candidato ser elegido congresista, están consagradas en el artículo 179 de la Carta y reproducidas en el artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 y son taxativas, considera que la genérica para servidores públicos, no puede tener la virtualidad de hacer perder la investidura a un congresista, concluye que un delito contra el patrimonio del Estado, cometido a título culposo no genera esa sanción, como si la genera un delito cometido a título doloso en los términos de los artículos 179 y 183 de la Carta.

Intervino a continuación el doctor Ramón Elejalde Arbeláez expresando que el derecho sancionatorio liberal que nos preciamos de tener, riñe con la propuesta de la demandante y agrega: por algo el constituyente excepcionó de las inhabilidades los delitos culposos y políticos.

A su apoderado se le reconoció personería para actuar y seguidamente intervino solicitando se deniegue la solicitud de pérdida de investidura. En el resumen escrito plantea que el artículo 122 de la Carta, no puede aplicarse desconociendo la expresa e inequívoca exclusión de las condenas por delitos culposos como causal de inelegibilidad de congresistas, basada en profundas razones éticas, pues este delito no compromete la integridad moral de quien lo comete por impericia “toda vez que no subyace al hecho culposo una intención dañina de menoscabar el patrimonio del Estado o los intereses generales de la comunidad. A lo sumo constituye una actividad de imprevisión o negligencia que no tiene la entidad moral para hacer indigna a la persona de cumplir funciones representativas en el cuerpo legislativo del Estado. Así lo reconoció el constituyente de 1991”.

Recuerda que las causales de inelegibilidad constituye una excepción al derecho político fundamental de ser elegido y son taxativas, por ello las establecidas en los artículos 110 y 179 de la Carta tiene una naturaleza especial y su ámbito de validez personal se circunscribe a la elección de senadores y representantes como una categoría especial de servidores públicos.

Se refiere luego a la legalidad de las penas, a la irretroactividad de la norma sancionatoria y a la temporalidad de la sanción contemplada en el artículo 122.

### CONSIDERACIONES

Basado en el salvamento de voto presentado por el honorable ex Consejero doctor Miguel González Rodríguez y acogido en esa época por el ponente de este proyecto, en relación con la sentencia dictada en el proceso de desinvestidura del congresista Juan Fernández Góngora Arciniegas el 7 de octubre de 1994 Expediente AC-430, en el sentido de que “la norma constitucional en la medida en que consagra

## SALA PLENA

la nueva figura de pérdida de investidura de congresista, no se podrá aplicar retroactivamente respecto de un hecho —la condena penal— que en su momento y hasta la vigencia del nuevo ordenamiento supralegal solo constituía causal de inhabilidad para ser elegido congresista y siendo ésta anterior a la elección conduce a la acción contenciosa electoral, el doctor Ramón Elejalde Arbeláez alega que la Sala Plena del Consejo de Estado no es competente para decidir sobre este asunto, por cuanto versa sobre hechos anteriores a su elección como Representante a la Cámara y además, que la vía judicial escogida no es la indicada para impugnar la elección que a su juicio es lo que en el fondo se pretende.

Modificado desde tiempo atrás por el ponente el criterio expuesto en el salvamento de voto, pasa a elaborar el proyecto de sentencia con fundamento en la concepción jurídica que considera más ajustada a la Constitución y a la ley.

Entrando en materia observa la Sala en primer término que la excepción de incompetencia propuesta carece de asidero legal en virtud de que la competencia para conocer y decidir sobre los procesos de pérdida de investidura es de rango constitucional. El artículo 184 de la Carta Política de 1991 la atribuyó expresamente al Consejo de Estado, sin que la norma haga salvedades en cuanto a que su aplicación sea únicamente en relación con hechos posteriores a la elección del congresista. Tampoco las hace el artículo 183 *ibidem*, norma que al enumerar las causales de pérdida de investidura señala en el numeral primero la de violación del régimen de inhabilidades, que se basa según la jurisprudencia, en la imposibilidad jurídica de una elección válida, menos aún la Ley 144 de 1994 que al desarrollar dicha institución, estableció en el artículo 1° que el Consejo de Estado conocerá y sentenciará en única instancia, los procesos relativos a la pérdida de investidura de los congresistas y en los siguientes fijó el procedimiento para la solicitud.

Del artículo 1° la expresión “en pleno” fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-247 de 1995 del 1° de junio de 1995, y por tanto, es a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y no al Consejo de Estado en Pleno a quien corresponde conocer del presente asunto, por tratarse de una función eminentemente jurisdiccional.

Por manera que no es de recibo el argumento de que en tratándose de hechos ocurridos con anterioridad a la elección, su juzgamiento deberá hacerse a través de la acción contenciosa electoral y por la vía especial consagrada para la misma en el Código Contencioso Administrativo, que es en resumen lo que infiere la Sala del contenido del medio de defensa propuesto, el cual por estas razones se declarará no probado.

## EL ASUNTO DE FONDO

La solicitud de la ciudadana Ana Julia Ramírez Estrada, busca obtener la declaratoria de pérdida de investidura del representante a la Cámara doctor Ramón Elejalde Arbeláez, elegido por la circunscripción electoral de Antioquia para el período 1994-1998, cargo del cual tomó debida posesión y viene ejerciendo desde el 20 de julio de 1994.

Como razones fácticas aduce la solicitante que el prenombrado parlamentario, mediante sentencia de noviembre 10 de 1971, fue condenado como responsable del delito de “peculado culposo” por el Juzgado Penal del Circuito del municipio de Frontino (Antioquia).

El acto de elección se halla demostrado con el acta parcial de escrutinios expedida por los Delegados del Consejo Nacional Electoral, obrante a folios 40 y ss.

El de posesión con el certificado expedido por el Secretario General de la Cámara de Representantes visto a folio 52. En este certificado nada se dice sobre el ejercicio actual de funciones del congresista, pero el hecho se deduce de lo manifestado por las partes en el proceso, además no hay prueba en el expediente que indique lo contrario.

Con la solicitud se adujo como anexo copia de la sentencia penal dictada por el funcionario judicial citado que en su parte resolutive dice: “Condénase al señor Ramón Elejalde Arbeláez, de las condiciones civiles anotadas en autos como responsable del delito de ‘peculado culposo’, cometido en el ejercicio del cargo de Secretario-Tesorero de la normal mixta ‘Pedro de Elejalde y Gaviria’ de esta localidad, a la privación de dicho empleo y al pago total de la suma de nueve mil quinientos treinta y dos pesos con setenta centavos (\$9.532.70) moneda legal a favor de dicha institución”. A continuación del proveído (fl. 10) el juez mediante auto de cúmplase ordenó el archivo del expediente, después de dejar constancia de que la sentencia no había sido apelada y no era consultable.

Con fundamento en los anteriores hechos se invoca como norma jurídica violada, el artículo 122 último inciso de la Constitución que dice:

*Artículo 122. De la Función Pública.*

(...)

*Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas.*

Según interpretación de la actora esta disposición constitucional incluye las condenas ocurridas en cualquier época y la inhabilitación que ella consagra corre hacia el futuro a partir del 4 de julio de 1991, fecha de vigencia de la actual Carta Política; llega a la conclusión de que en este caso, se concreta la causal primera del artículo 183 que prescribe:

*Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:*

*1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.*

(...)

Es razonable deducir dentro de una sana hermenéutica que al referirse la norma al régimen de inhabilidades de los congresistas, lo hace en un sentido general, es decir, comprensible de todas las hipótesis que consagran para ellos causales de inhabilidad, así el artículo 179 de la Carta contenga un catálogo específico de impedimentos para alcanzar esa investidura.

Los congresistas son servidores públicos en virtud de lo dispuesto en el artículo 123 superior y por tal motivo les es aplicable el artículo 122 *ibidem*, que en su inciso quinto, como ya se vio inhabilita para el desempeño de funciones públicas a quienes ostentando esa calidad, sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

Se hace énfasis en la norma porque únicamente en ella basa la actora la solicitud. Pero además para poner de relieve que de acuerdo con el enunciado su proyección es hacia el futuro, las inflexiones verbales “que sea” y “quedará” utilizadas en su estructura, permiten inequívocamente hacer esta apreciación y ella cobra más sentido cuando se examinan otras disposiciones que establecen causales de inhabilidad por condenas penales de manera específica para servidores públicos. Por ejemplo el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, señala que: “No podrá ser concejal: 1. quien *haya sido* condenado a la fecha de la inscripción por sentencia judicial a pena privativa de la libertad...” o el artículo 95 *ibidem* al disponer: “No podrá ser elegido alcalde quien: 1. *haya sido* condenado por más de dos años a pena privativa de la libertad entre los diez años anteriores a su elección...”. La misma expresión la utilizan los artículos 124 numeral 1 y 174 ordinal e) de la citada ley, al establecer el régimen de inhabilidades para miembros de las Juntas Administradoras Locales y Personeros, respectivamente, incluso el artículo 179 de la C. N., hace más precisión al estatuir en el numeral primero, que no podrán ser congresistas “quienes *hayan sido* condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad...”, disposición que también le es aplicable al Presidente de la República (art. 179 C. N.). (Subraya la Sala).

La utilización del verbo ser en dos tiempos distintos, determina en cada caso, si la aplicación de los mencionados preceptos, se hace en relación con hechos sucedidos antes de la vigencia de la respectiva norma, o después de su vigencia. En el caso del artículo 122 inciso quinto de la C. N., es indudable que su aplicación sólo cabe hacia el futuro a partir del 7 de julio de 1991, fecha en que entró a regir la Constitución Política y no en cualquier época como lo afirma la solicitante sin fundamento alguno.

El verbo rector en la inflexión empleada por el constituyente para referirse a la condena penal, no da lugar a esa deducción porque corresponde a un tiempo futuro, dirección en la cual también apunta el enunciado “quedará inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas” al establecer en últimas la causal.

En estas condiciones no resulta jurídicamente válido el planteamiento en que descansa la solicitud de pérdida de investidura. La sanción de carácter penal de la que se hace derivar la causal, data del 10 de noviembre de 1971 época anterior a la vigencia de la norma que la consagra, norma que por las razones precedentes no tiene operancia en este caso. Su invocación y no la del artículo 179 de la Constitución que

contempla la causal específica por condenas mediante sentencia judicial, en cualquier época, relacionadas con los congresistas, en opinión de la Sala obedece a que en este texto constitucional, la sanción consiste en pena privativa de la libertad exceptuándose los delitos políticos o culposos; sanción que no es la impuesta al doctor Ramón Elejalde Arbeláez en la sentencia que se esgrime como prueba de la causal, donde fue condenado a la privación del empleo y al pago de una suma de dinero por el delito de peculado culposo, que como atrás se vio y es planteamiento reiterado de la defensa y del Ministerio Público, en el caso de los congresistas constituye excepción a la regla que establece la causal de inhabilidad para éstos.

De las anteriores consideraciones concluye la Sala, que el doctor Ramón Elejalde Arbeláez al no estar incurso en la causal genérica contemplada en el artículo 122 inciso 5° de la Constitución, no viola el régimen de inhabilidades establecido en el artículo 183 de la misma Carta. Consecuencialmente, no procede la solicitud de pérdida de investidura formulada en su contra.

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

#### FALLA:

DECLARANSE no probadas las excepciones propuestas.

DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura del congresista del Representante a la Cámara Ramón Elejalde Arbeláez, formulada por la ciudadana Ana Julia Ramírez Estrada.

Cópiese, notifíquese, comuníquese a la Mesa Directiva de la honorable Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministro de Gobierno.

Publíquese y archívese.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día diecinueve (19) de diciembre de mil novecientos noventa y cinco (1995).

*Daniel Suárez Hernández, Vicepresidente; Mario Alario Méndez, Ausente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, aclara voto; Joaquín Barreto Ruiz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Julio Enrique Correa Restrepo, Guillermo Chaín Lizcano, Clara Forero de Castro, Ausente; Delio Gómez Leyva, Ausente; Manuel Santiago Urueta Ayola, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Miren de la Lombana de Magyaroff, Alvaro Lecompte Luna, aclaró voto; Juan de Dios Montes Hernández, aclaró voto; Dolly Pedraza de Arenas, Carlos Arturo Orjuela Góngora, con aclaración de voto; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González, ausente; Consuelo Sarria Olcos, María Eugenia Samper Rodríguez, aclara voto.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / SENTENCIA PENAL CONGRESISTAS - Inhabilidades / NORMA ESPECIAL - Aplicación / NORMA GENERAL - Inaplicación / DELITO POLITICO - Excepción / DELITO CULPOSO - Excepción. (Aclaración de voto)**

Según las reglas de interpretación previstas en la Ley 153 de 1887, la disposición especial prevalece sobre la general. Esto es, entonces, que en el caso de autos a los congresistas se les aplica la primera (la del art. 179, numeral 1), y no la segunda (la del art. 122 inciso 5°). Es decir, que los congresistas pueden serlo aunque hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, si se trata de delitos políticos o culposos. Esto significa que por existir un régimen especial para los congresistas, esta clase de servidores públicos no queda inhabilitado para el desempeño de funciones públicas cuando han sido condenados por un delito "culposo" contra el patrimonio del Estado, pues en ello radica, precisamente, la excepción constitucional. En consecuencia, lo resuelto en este asunto se ajusta a derecho no porque la regla constitucional del artículo 122, inciso 5°, rija hacia el futuro, sino porque el hecho de que ese régimen general no se aplica a los congresistas, para quienes existe la disposición especial del artículo 179 numeral 1°.

### ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós (22) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Con el respeto de siempre por las decisiones mayoritarias de la Sala, me permito manifestar que si bien compartí en su integridad la parte resolutive, no ocurre lo mismo con la motiva, por lo siguiente:

1. El Capítulo 6 de la Constitución Política prevé en su artículo 179, numeral 1°, que no podrán ser congresistas, "Quienes hayan sido **condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos**". Esta es una **norma especial**, aplicable de manera exclusiva a esta clase de servidores públicos.

2. El artículo 122, inciso quinto, del mismo Estatuto Superior, señala que “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, **el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas**”. Como es fácil observarlo, esta es una **norma de carácter general**.

3. En ese orden de ideas, según las reglas de interpretación previstas en la Ley 153 de 1887, **la disposición especial prevalece sobre la general**. Esto es, entonces, que en el caso de autos a los congresistas se les aplica la primera (la del art. 179, num. 1°), y no la segunda (la del art. 122, inciso 5°). Es decir, que **los congresistas pueden serlo aunque hayan sido condenados por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, si se trata de delitos políticos o culposos**.

4. Esto significa que por existir un régimen especial para los congresistas, esta clase de servidores públicos no queda inhabilitado para el desempeño de funciones públicas cuando han sido condenados por un delito “culposo” contra el patrimonio del Estado, pues en ello radica, precisamente, la **excepción constitucional**.

En consecuencia, lo resuelto en este asunto se ajusta a derecho no porque la regla constitucional del artículo 122, inciso quinto, rija hacia el futuro, sino por el hecho de que ese régimen general no se le aplica a los congresistas, para quienes existe la disposición especial del artículo 179, numeral 1.

Por estas razones, como lo señalé al comienzo, acogí la decisión, pero no los argumentos en que se apoya.

Con todo comedimiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**PERDIDA DE INVESTIDURA / CONGRESISTA - Inhabilidad / CONGRESISTA / Incompatibilidad/ REGIMEN ESPECIAL DE PROHIBICIONES / ANALOGIA - Improcedencia / NORMA GENERAL - Inaplicación / DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO / DELITO CULPOSO - Excepción / INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS - Causal Específica. (Aclaración de voto)**

Los congresistas tienen un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en los artículos 179 y 180 de la Carta. Régimen especial que impone una interpretación restrictiva de las distintas causales y que impide, por analogía, aceptar la aplicación de la inhabilidad que contempla el inciso final del artículo 122 de la misma Carta para los servidores públicos. Este inciso, de carácter general, se aplica a todos los funcionarios que hayan sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, pero tiene su excepción frente a los congresistas que hayan cometido un delito culposo de esa índole. Esta interpretación se logra armonizando los dos textos antecitados (el inciso final del 122 y el No. 1 del 179). Fuera del trato especial que tienen los congresistas, frente a éstos existe una causal específica protectora del patrimonio estatal y es la que consagra como causal de desinvestidura la indebida destinación de dineros públicos (art. 183, nl. 4 de la Constitución).

### **ACLARACION DE VOTO**

**CARLOS BETANCUR JARAMILLO  
JUAN DE DIOS MONTES HERNANDEZ**

Referencia: Expediente número AC-3176.

Actor: Ana Julia Ramírez E.

Demandado: Ramón Elejalde A.

Los suscritos Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández, con todo respeto nos separamos de algunos extremos de la motivación, aunque no de la decisión final, la que estimamos acertada y justa.

El presente asunto debió gobernarse solamente con la regla que contiene el numeral 1 del artículo 179 de la Carta. Se hace esta afirmación porque el representante doctor Elejalde Arbeláez fue condenado por un delito culposo, precisamente una de las excepciones que contempla la norma.

No puede olvidarse que los congresistas tienen un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades, previsto en los artículos 179 y 180 de la Carta. Régimen Especial que impone una interpretación restrictiva de las distintas causales y que impide, por analogía, aceptar la aplicación de la inhabilidad que contempla el inciso final del artículo 122 de la misma Carta para los servidores públicos.

Este inciso, de carácter general, se aplica a todos los funcionarios que hayan sido condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, pero tiene su excepción frente a los congresistas que hayan cometido un delito culposo de esa índole. Esta interpretación se logra armonizando los dos textos antecitados (el inciso final del 122 y el n. 1 del 179).

Fuera del trato especial que tienen los congresistas, frente a éstos existe una causal específica protectora del patrimonio estatal y es la que consagra como causal de desinvestidura la indebida destinación de dineros públicos (art. 183, n. 4 de la Constitución).

Con todo respeto,

*Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., 15 de enero de 1996.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONGRESISTA - Inhabilidad / CONGRESISTA - Incompatibilidad / PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD. (Aclaración de voto)**

El suscrito ha sostenido en ocasiones anteriores que el artículo 110 de la Carta no es aplicable a la figura que aquí se estudia, porque contiene cuestiones o causales que son aplicables a servidores públicos en general, pero no a unos servidores públicos especiales, como lo son los congresistas, encargados de “hacer las leyes” (art. 150), ejerciendo esta tarea –y, desde luego, las demás que les hayan otorgado la Constitución– en representación del pueblo, en el cual descansa la soberanía y por ello, frente del poder público (art. 3°). Los congresistas son servidores públicos (art. 123) pero especialísimos y si actualmente pueden ser sancionados por haber incurrido en las cuestiones señaladas en la norma correspondiente, sólo esas causales podrán determinar esa sanción al comprobarse que, elegido y posesionado, incurrió en ellas. Iguales consideraciones amerita la aplicación, en uno y otro sentido, del inciso final del artículo 122 de la Constitución. El régimen de inhabilidades y el régimen de incompatibilidades están previstos en los artículos 179 y 180 *ibidem*, como se observa, por ejemplo, de la misma redacción del ordinal 1° del primero de éstos, si se la compara con la del artículo 122, inciso final. De modo que siguiendo el anterior raciocinio, es de concluir que el artículo 122, inciso final, es inaplicable a los congresistas y en ese sentido ha debido ser, en opinión el suscrito, el razonamiento de la Sala para denegar la solicitud de la pérdida de la investidura a que se refiere en este caso concreto.

**ACLARACION DE VOTO**

Con profundo respeto hacia el ilustrado criterio mayoritario, el suscrito debe apartarse del mismo y aclarar su voto, fundamentalmente por las mismas razones que llevaron a los Magistrados Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández a adoptar igual actitud. A lo expuesto por ellos, se permite agregar los siguientes análisis a manera de ilustración.

1. La figura de pérdida de investidura de los congresistas, establecida por la nueva Carta Política de 1991 (art. 183) es de naturaleza penal, en el sentido genérico

del término, por encerrar una sanción basada en unos hechos que el constituyente erigió como causales para que el Consejo de Estado pueda decretarla. Esos hechos están taxativamente descritos o enumerados en la norma citada y el intérprete no puede apartarse de ellos ni buscar analogías o aplicar disposiciones que, no obstante estar en el texto de la Constitución para situaciones similares, no pueden, de ninguna manera aplicarse por cuanto se trata de una figura especial y autónoma, *sui generis*, regida por los principios liminares del derecho penal, o para decirlo de otro modo, de la rama del derecho que tiene a su cargo el juzgamiento de las conductas anómalas de los hombres que tengan repercusión en la comunidad, según el rango que les haya dado la ley.

2. Las características esenciales de esas conductas deben hallarse sintetizadas y lógicamente articuladas, organizadas en un orden lógico, de tal suerte que se tipifiquen y, a su lado, regidas por principios tales como el de proscripción de la analogía, el de la igualdad, el de la vulneración, etc. Es por eso que el suscrito ha sostenido en ocasiones anteriores que el artículo 110 de la Carta no es aplicable a la figura que aquí se estudia, porque contiene cuestiones o causales que son aplicables a servidores públicos en general, pero no a unos servidores públicos especiales, como lo son los congresistas, encargados de “hacer las leyes” (art. 150), ejerciendo esta tarea –y, desde luego, las demás que les haya otorgado la Constitución– en representación del pueblo, en el cual descansa la soberanía y por ello, fuente del poder político (art. 3°). Los congresistas son servidores públicos (art. 123) pero especialísimos y si actualmente pueden ser sancionados por haber incurrido en las causales señaladas en la norma correspondiente, solo esas causales podrán determinar esa sanción al comprobarse que, elegido y posesionado, incurrió en ellas.

3. Iguales consideraciones amerita la aplicación, en uno y otro sentido, del inciso final del artículo 122 de la Constitución. El régimen de inhabilidades y el régimen de incompatibilidades están previstos en los artículos 179 y 180 *ibidem*, como se observa, por ejemplo, de la misma redacción del ordinal 1° del primero de éstos, si se la compara con la del artículo 122, inciso final. Dice éste: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”, y dice aquel: “No podrán ser congresistas 1°. Quienes hayan sido condenados en cualquier época por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos”... Es claro que la primera disposición se refiere al servidor público en general; se trata de una norma genérica. Más la otra es una disposición específica, pues se refiere, concretamente, a los congresistas.

3. De modo que siguiendo el anterior raciocinio, es de concluir que el artículo 122, inciso final, es inaplicable a los congresistas y en ese sentido ha debido ser, en opinión del suscrito, el razonamiento de la Sala para denegar la solicitud de pérdida de la investidura a que se refiere este caso concreto.

## **SALA PLENA**

Cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., 19 de enero de 1996.

### **ACLARACION DE VOTO**

Ref.: Exp. No. AC-3176.

Actora: Ana Julia Ramírez Estrada.

Aun cuando comparto la decisión adoptada, disiento sin embargo de la motivación de ella por las razones que expresé en Sala Plena, que son las mismas a las cuales se refieren en sus aclaraciones de voto los señores Consejeros, doctores Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández y Carlos Arturo Orjuela Góngora, aclaraciones a las cuales, por consiguiente, y con la venia de sus autores, adhiero.

Fecha *ut supra*,

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Consejero.*

**PERDIDA DE INVESTIDURA - Naturaleza / ACUMULACION DE PRE-TENSIONES - Improcedencia / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Efectos**

La naturaleza del proceso de pérdida de investidura y la manera como fue regulado tanto por el constituyente como por el legislador, excluyen la figura de la acumulación de pretensiones contra varios demandados, pues que para citar un solo aspecto, la exigencia de tramitarlo en veinte (20) días –término de por sí angustioso en tratándose de un congresista demandado–, resultaría abiertamente violatoria del debido proceso y del derecho de defensa, si se permitiera acumular en un solo debate judicial las pretensiones encaminadas a despojar de su investidura a varios congresistas. El proceso de pérdida de investidura de los congresistas es de carácter *sui generis*, excepcional, especialísimo, y la sentencia que la decreta tiene efectos permanentes en el tiempo; es decir, que significa, en la práctica, una especial de “muerte política” del afectado con esa decisión. Por consiguiente, resulta apenas razonable afirmar que si en todos los juicios es prioritario atender al cumplimiento íntegro de las garantías atinentes al debido proceso y al derecho de defensa, con mayor razón en éste, por las consecuencias irremediables que genera.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número AC-3271.

Referencia: Asuntos constitucionales. (Solicitud de pérdida de investidura como Congresistas de los doctores Jorge Ramón Elías Náder, Gustavo Espinosa Jaramillo, José Guerra de la Espriella, Armando Holguín, Francisco José Jattin Safar y Alberto Santofimio Botero).

Actor: Emilio Sánchez Alsina.

El ciudadano Emilio Sánchez Alsina ha formulado demanda de solicitud de pérdida de investidura (fls. 1-8) contra los Congresistas doctores Jorge Ramón Elías Náder, Gustavo Espinosa Jaramillo, José Guerra de la Espriella, Armando Holguín,

## SALA PLENA

Francisco José Jattin Safar y Alberto Santofimio Botero, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 183 de la Constitución Política y en la Ley 5ª de 1992, por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del conflicto de intereses.

Sin embargo, como en la demanda se acumulan pretensiones contra varios demandados, es menester analizar, previamente, si esta figura es procedente o no en el caso en estudio.

Debe recordarse que el artículo 7º de la Ley 144 de 1994, “por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas”, dispone que:

**“Recibida la solicitud en la Secretaría, será repartida por el Presidente del Consejo de Estado el día hábil siguiente al de su recibo, y designará el Magistrado ponente, quien procederá a admitirla o no, según el caso, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a su reparto. En el mismo término notificará al Congresista de la decisión respectiva”.**

**“El Magistrado ponente devolverá la solicitud cuando no cumpla con los requisitos o no se alleguen los anexos exigidos en la ley y ordenará a quien corresponda, completar o aclarar dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación, los requisitos o documentos exigidos. El incumplimiento de la orden dará lugar a las sanciones legales pertinentes”.**

Es obvio que, en cuanto a este aspecto, lo que debe examinarse es si procede la acumulación respectiva, para lo cual es menester, por vía de analogía, acudir a lo contemplado en el artículo 82 del C. de P. C. (reformado por el 34 del Decreto 2282 de 1989), que en su inciso sexto prevé lo siguiente:

**“También podrán formularse en una demanda pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados, siempre que aquellas 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”.**

Ahora bien; este Despacho considera que para que sea viable la acumulación de pretensiones contra varios demandados, deben reunirse, simultáneamente, todos los requisitos enunciados en la disposición transcrita. Esto es, que deben provenir en la misma causa, versar sobre el mismo objeto, hallarse entre sí en relación de dependencia y servirse de las mismas pruebas, y en el evento de autos es incuestionable que ello no ocurre, por manera que la figura deviene improcedente.

En efecto, aunque las planteadas en el libelo provinieran de una causa similar y eventualmente versaran sobre el mismo objeto, —lo que no es totalmente diáfano—, lo cierto es que no están entre sí en relación de dependencia ni pueden servirse estrictamente de las mismas pruebas, puesto que el grado de participación o responsabilidad de los demandados en los hechos que les atribuye el actor no es necesariamente el mismo, y por otra parte, es evidente que las pruebas a que hace alusión el escrito demandatario tienen una fuente y un desarrollo disímiles en cada caso.

No debe olvidarse, además, que la naturaleza del proceso de pérdida de investidura y la manera como fue regulado tanto por el constituyente como por el legislador, excluyen la figura de la acumulación de pretensiones contra varios demandados, pues que para citar un solo aspecto, la exigencia de tramitarlo en veinte (20) días –término de por sí angustioso en tratándose de un congresista demandado–, resultaría abiertamente violatoria del debido proceso y del derecho de defensa, si se permitiera acumular en un solo debate judicial las pretensiones encaminadas a despojar de su investidura a varios congresistas.

El proceso de pérdida de investidura de los congresistas es de carácter **sui géneris, excepcional, especialísimo**, y la sentencia que la decreta tiene efectos permanentes en el tiempo; es decir, que significa, en la práctica, una especie de **“muerte política”** del afectado con esa decisión. Por consiguiente, resulta apenas razonable afirmar que si en todos los juicios es prioritario atender al cumplimiento íntegro de las garantías atinentes al debido proceso y al derecho de defensa, con mayor razón en éste, por las consecuencias irremediables que genera.

Ciertamente, el sentido común señala que la solicitud de pérdida de investidura de cada congresista contra quien se enderece este instrumento debe tramitarse por separado, para procurarle, por encima de cualquiera otra consideración, el respeto por sus derechos de defensa y al debido proceso.

En síntesis, no es procedente la acumulación de pretensiones contra varios demandados planteada por la parte actora porque no se dan los supuestos previstos en el artículo 82 del C. de P. C. (modificado por el art. 34 del Decreto 2282 de 1989), de un lado; y del otro, porque la naturaleza constitucional, la celeridad y demás características que rodean el proceso de pérdida de investidura de los congresistas, no la admiten ni le dan cabida.

En ese orden de ideas, deberá inadmitirse la demanda.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria,

### RESUELVE:

INADMITESE la demanda de solicitud de pérdida de investidura formulada por el ciudadano Emilio Sánchez Alsina contra los Congresistas, doctores Jorge Ramón Elías Náder, Gustavo Espinosa Jaramillo, José Guerra de la Espriella, Armando Holguín, Francisco José Jattin Safar y Alberto Santofimio Botero, por indebida acumulación de pretensiones.

Cópiese, notifíquese, y por la Secretaría devuélvanse los documentos al interesado sin necesidad de desglose, previa desanotación en los radicadores correspondientes.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

## RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Rechazo / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL / RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Improcedencia

La remisión que hace la norma de la Ley 136 al juicio de pérdida de investidura de los Congresistas, se relaciona únicamente con el trámite que debe impartírsele a las demandas que persiguen ese resultado y no con otros aspectos, como por ejemplo el atinente al recuso extraordinario “especial” de revisión, pues la Ley 144 lo defiere de manera concreta y precisa para el “Parlamentario”, y en principio, no es un tema que aparezca aplicable por extensión o analogía a otra clase de servidores públicos como los concejales. Así las cosas, la invocación que el recurrente hace de lo establecido en el literal a) del artículo 17 de la Ley 144, resulta improcedente.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo*

Santa Fe de Bogotá, D. C., a diecinueve (19) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número R-120.

Referencia: Recurso extraordinario de revisión.

Consejero Ponente: Doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.

Actor: Rafael Durán Leal.

El señor Rafael Durán Leal, a través de apoderado judicial, interpuso recurso extraordinario **“especial”** de revisión contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 15 de noviembre de 1995, mediante la cual decretó la pérdida de su investidura como Concejal del Municipio de Salazar de las Palmas, invocando para ello el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, en cuanto a **“falta del debido proceso”**.

Sin embargo, es indispensable definir, en primer lugar, si en realidad en casos como éste es viable el recurso mencionado, pues si no lo es y resulta dándosele el trámite que la ley prevé para el **“recurso extraordinario de revisión”**, se provoca-

ría un desgaste injustificado de jurisdicción que atenta contra el principio de economía procesal.

Es conveniente recordar que el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, que trata de la “Pérdida de la investidura de concejal”, reza en su último inciso, lo siguiente:

“La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, **en lo que corresponda**”. (Se subraya).

De igual manera, debe señalarse que el artículo 17 de la Ley 144 de 1994, dispone:

**“Recurso Extraordinario Especial de Revisión.** Son susceptibles del Recurso Extraordinario Especial de Revisión, interpuesto dentro de los cinco (5) años siguientes a su ejecutoria las sentencias mediante las cuales haya sido levantada la investidura de un Parlamentario, por las causales establecidas en el artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, y por las siguientes:

- a) Falta del debido proceso;
- b) Violación del derecho de defensa;
- c) No haberse agotado el procedimiento interno en la respectiva Corporación y proferido las declaraciones de ambas Cámaras conforme al trámite establecido en el Reglamento del Congreso contenido en la Ley 5ª del 17 de junio de 1992”.

Obsérvese que la remisión que hace la norma de la Ley 136 al juicio de pérdida de investidura de los Congresistas, se relaciona únicamente con el trámite que debe impartírsele a las demandas que persiguen ese resultado y no con otros aspectos, como por ejemplo el atinente al recurso extraordinario **“especial”** de revisión, pues la Ley 144 lo defiere de manera concreta y precisa para el **“parlamentario”**, y en principio, no es un tema que aparezca aplicable por extensión o analogía a otra clase de servidores públicos como los concejales. Así las cosas, la invocación que el recurrente hace de lo establecido en el literal a) del artículo 17 de la Ley 144, resulta improcedente.

Tampoco puede entenderse que el recurso interpuesto sea el **“extraordinario de revisión”** del artículo 188 del C.C.A., puesto que en tratándose de medios de impugnación de esta naturaleza las exigencias técnicas son y deben ser rigurosas, y además de que el recurrente no lo ha expresado así, lo cierto es que la norma en comento no prevé como causal la **“falta del debido proceso”**, en la que se apoya la censura del actor.

Por otra parte, es elemental que una cosa es que la ley consagre la aplicación de un trámite similar al del juicio que se adelanta en el caso de los congresistas para el de pérdida de investidura de los concejales, y otra bien distinta que tenga cabida el recur-

## **SALA PLENA**

so extraordinario especial de revisión, que todavía no ha sido reglamentado en legal forma.

En mérito de lo expuesto, esta Sala Unitaria,

### **RESUELVE:**

**RECHAZASE** por improcedente el “recurso extraordinario especial de revisión” interpuesto por el señor Rafael Durán Leal contra la sentencia proferida el 15 de noviembre de 1995 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se decretó la pérdida de su investidura como Concejal del Municipio de Salazar de las Palmas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase los documentos al recurrente sin necesidad de desglose, previa desanotación en los radicadores.

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

**FALLA DEL SERVICIO POR OMISION / HECHO DE UN TERCERO / HECHO PREVISIBLE / EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia / PALACIO DE JUSTICIA - Toma**

**El hecho del tercero no puede caber aquí como causal exonerativa de responsabilidad, dado que era previsible, vistos los antecedentes de que estuvo rodeada la toma del Palacio de Justicia. El Estado, como guardián de los bienes jurídicamente protegidos, ha de disponer de todos los medios eficaces y de los cuales dispone, a fin de que el servicio se preste con eficiencia, consciente del papel que le ha encomendado la comunidad.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación número S-443.

Referencia: Recurso extraordinario de súplica contra sentencia de 13 de octubre de 1994 de la Sección Tercera de la Corporación.

Actores: Bernardo Beltrán Monroy y María de Jesús Hernández de Beltrán.

Recurrente: La Nación (Ministerio de Defensa - Policía Nacional) y Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia.

Conoce esta Sala Plena el recurso extraordinario de súplica que formula el apoderado judicial común de la parte demandada contra la sentencia calendada a trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994) mediante la cual la Sección Tercera de la Corporación revocó el fallo dictado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y, en su lugar, declaró al primero de los entes demandados administrativamente responsable por la desaparición de Bernardo Beltrán Hernández en los hechos ocurridos en el Palacio de Justicia los días 6 y 7 de noviembre de 1985, en la ciudad de Bogotá, y como consecuencia de ello, la condenó a pagar a los actores la suma equivalente en pesos a mil gramos oro fino para cada uno, al precio interno

## SALA PLENA

que de dicho metal certifique el Banco de la República a la fecha de la ejecutoria de la providencia.

### I. DE LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA RECURRIDA

Afirma el recurrente que la parte considerativa del proveído de la Sección Tercera desconoce la jurisprudencia sentada por esta Sala Plena en dos aspectos; en cuanto hace a la responsabilidad compartida, la providencia de 12 de julio de 1988, consejero ponente, Simón Rodríguez Rodríguez; actora, Ligia Calderón de Córdoba (Anales del Consejo de Estado 1984, primer semestre, Tomo CXV, páginas 1124 y ss.), y en cuanto al nexo causal, lo indicado en sentencia del 20 de noviembre de 1991, consejero ponente, Luis Eduardo Jaramillo Mejía; actor, Jairo Rodríguez Durán (Anales del Consejo de Estado, 1991, segundo semestre, Tomo CXXV, páginas 94 y ss.) y sentencia de 31 de agosto de 1982, consejero ponente, Enrique Low Murtra; actor Luis Horacio Acosta Díez y otra (Anales del Consejo de Estado, 1982, segundo semestre, Tomo CIII, páginas 869 y ss.).

Lo primero porque en la sentencia de 12 de julio de 1988, después de analizar los elementos configurantes de la falla o falta del servicio, también se analiza cuándo se presenta la exoneración de responsabilidad, la que puede ser total o parcial según que en la producción del hecho dañoso solamente intervengan los elementos antes enunciados o, por el contrario, participe en parte la acción o la omisión administrativa; en cambio, la Sección Tercera estima que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falta del servicio anteriormente establecida, porque fueron las autoridades las que con su negligente y omisiva conducta dieron lugar, o por lo menos facilitaron, la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas no sólo contra la vida e integridad de los magistrados, sino de ocupación que hizo el M-19 del edificio, a pesar de estar en capacidad de evitar la anunciada toma, ninguna medida preventiva ordinaria ni extraordinaria tomaron, como las circunstancias lo exigían.

Comenta, a propósito de lo dicho, que el único responsable de lo ocurrido con ocasión del ataque al Palacio de Justicia fue el M-19 como se desprende de las pruebas, porque de acuerdo con ellas se concluye que el Estado no fue responsable de lo allí sucedido.

En cuanto al nexo causal, es evidente también que no existe relación entre los daños ocurridos y la responsabilidad que la Sección Tercera hace recaer en la Nación y especialmente en la Policía Nacional.

Lo que ocurrió en el Palacio de Justicia escapa a toda normal previsibilidad, no puede hacerse responsable al Estado de situaciones o hechos que no pueden ser previstos de una manera normal. No es desde ningún punto de vista viable exigir a la administración que responda por lo imposible, por aquello que en situaciones normales no puede ser previsto.

En consecuencia, solicita que se declare no responsable a los demandados de los hechos en cuestión o, al menos, que se los declare parcialmente responsable.

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Después de analizar el recurso extraordinario de súplica a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia, el Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, sienta el criterio de que en el caso en estudio no se ha quebrantado, por parte de la Sección Tercera, ninguna de las jurisprudencias que se dicen contrariadas. Recuerda que en el recurso extraordinario de súplica únicamente debe haber una comparación entre la jurisprudencia que se dice contrariada o desconocida y la nueva tesis que acoge la sección correspondiente, sin que se puedan estudiar los aspectos de las pruebas, a menos que, comprobándose la violación se pase a dictar sentencia asumiendo la Sala Plena la condición de tribunal de instancia.

Con copiosa y erudita cita de diversos autores y de fallos de la Sala Plena, concluye el delegado que la toma del Palacio de Justicia sí fue previsible, como los revela la evidencia histórica, por cuanto desde días atrás, los magistrados habían pedido las máximas medidas de protección, por lo cual no era descabellado pensar que la edificación podía ser objeto de un ataque, y así habría podido evitarse si se hubiera protegido como lo exigía la dignidad de quienes allí laboraban, igual que sus colaboradores y las personas que acudían a ella como secuencia de sus tareas habituales.

Argumenta también que no ha habido responsabilidad compartida, pues desde el punto de vista de la falla del servicio, es decir, la consecuencia del comportamiento negligente del Estado para proteger el Palacio de Justicia fue facilitar o dar lugar a la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas ninguna medida preventiva ordinaria tomaron.

En cuanto al segundo cargo, sí existe nexo entre el daño ocurrido y la responsabilidad del Estado, porque es evidente que el daño se produjo y que su ocurrencia es atribuible al Estado.

Concluye entonces que ninguno de los dos cargos tiene vocación de prosperidad.

### **PARA RESOLVER, SE CONSIDERA:**

1. La Sala reitera, una vez más los alcances que en la actualidad tiene el recurso extraordinario de súplica a la luz del artículo 130 del C.C.A., conforme a la versión del artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989, en el sentido de que el mismo es factible en cuanto atañe a su prosperidad, cuando una Sección del Consejo de Estado, sin la aprobación de la Sala Plena, acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

Se trata, por lo tanto, de una labor de confrontación, de tal manera que se establezca que en verdad, y en relación con el tema a que se refiere el asunto, se diga cosa

## SALA PLENA

contraria a lo ya señalado por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, bien por ella misma, bien por sus antecesores en los tiempos durante los cuales no existían las Secciones que actualmente la conforman. Recuérdese que el recurso extraordinario de súplica no es una instancia más ni un grado de jurisdicción más; las facultades del juez de súplica son limitadas por la misma naturaleza del medio extraordinario, o sea, que gira en torno a establecer si en verdad la nueva doctrina de la Sección es opuesta a la que se ha sentado por la Sala Plena.

Al dilucidar un recurso extraordinario de súplica no puede este organismo inmiscuirse en cuestiones atinentes a los problemas del pleito propiamente dicho ni decidir con respecto a lo controvertido en el juicio, ni en apreciar los medios de pruebas aportados al litigio, a menos que si se infirmara la providencia por surgir el desconocimiento, se asuma el papel del tribunal de instancia para conocer en el fondo de la litis.

2. Bajo estos parámetros, la Sala va a examinar los dos aspectos en los cuales dice el recurrente que la Sección Tercera se apartó de la jurisprudencia de la Sala Plena de la Corporación.

La sentencia del Consejo de Estado de 12 de julio de 1988 (que en verdad puede leerse en los Anales de 1988, segundo semestre) dice lo siguiente:

“El Consejo de Estado ha precisado que la responsabilidad de los entes públicos se basa en la denominada teoría de la ‘falla del servicio’ que tiene su fundamento jurídico en las normas de los artículos 16 de la Constitución Nacional y 68 de la Ley 167 de 1941, no siendo, por tanto, aplicables las disposiciones del Código Civil. Igualmente, en las sentencias proferidas por la Corporación se han especificado los elementos que configuran la ‘falla’ o ‘falta del servicio’, así: un hecho positivo o una operación administrativa no escrita o una vía de hecho imputable a un ente público: un daño y que exista una relación de causa a efecto entre el primero y el segundo. Asimismo, se ha sostenido que constituye causa exonerativa de responsabilidad la circunstancia de que el hecho dañoso no sea imputable a la administración y se dice que no es imputable cuando quiera que sea producida por la actuación exclusiva de un tercero, de la víctima o por el acaecimiento de una fuerza mayor o caso fortuito. De la misma manera, se ha expresado que la exoneración puede ser total o parcial según que en la producción del hecho dañoso solamente intervengan los eventos antes enunciados o por el contrario, participe también en parte la acción o la omisión administrativa.”

En la sentencia recurrida, o más precisamente en el párrafo de las consideraciones en que según el recurrente, la Sección Tercera se olvida de lo transcrito, se lee lo siguiente:

“En el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida. Fueron tales autoridades quie-

nes con su negligencia y omisiva conducta dieron lugar, o por lo menos facilitaron, la ocupación del Palacio de Justicia, pues conociendo de antemano que existían amenazas no sólo contra la vida e integridad de los magistrados, sino de ocupación por parte del M-19 de la edificación, a pesar de estar en capacidad de evitar la anunciada toma, ninguna medida preventiva ordinaria tomaron, mucho menos extraordinaria, como lo exigía la situación.”

No se observa, que en realidad haya desconocimiento de la jurisprudencia citada en apoyo de lo que sostiene el recurrente. En efecto, se tuvo en cuenta la existencia de un hecho positivo, la existencia de un daño y una relación de causa a efecto entre lo primero y lo segundo, por cuanto se concluyó que por la negligencia de las autoridades se facilitó la ocupación del Palacio de Justicia, sin que haya ninguna exoneración al respecto. En otras palabras, para la Sección Tercera, en el caso que examinó, no hubo causa exonerativa de la falla del servicio: el daño se produjo objetivamente por el obrar negligente y descuidado en cuanto hace a la vigilancia que debió brindar. Quien debió prestar su labor de centinela no puso la debida atención a fin de evitar el daño, a pesar de los requerimientos que se le hicieron.

En cuanto al nexo causal, se aduce que en la jurisprudencia sentada en sentencia de 20 de noviembre de 1991, las cosas deben ocurrir dentro de una normal previsibilidad, y en la de 31 de agosto de 1982, se vuelve a enumerar, más explicativamente, cuándo surge la llamada falta o falla del servicio; dice allí la Sala Plena que la falta o falla del servicio de la administración no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración, ello implica que la administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simples ciudadanos; el daño debe implicar lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, y por último que haya una relación de causalidad entre la falla o falta del servicio y el daño, sin la cual aún demostrada ésta, no habrá lugar a la indemnización.

La Sección Tercera dijo textualmente en cuanto hace al hecho atribuido a un tercero:

“Es cierto que el hecho del tercero, constituye causal exonerativa de responsabilidad estatal, en tanto que ese tercero no depende de la propia administración y además que el hecho aludido sea causa exclusiva o determinante del daño. En el caso bajo estudio considera la Sala que fue decisiva la contribución de las autoridades gubernamentales a la ocurrencia del daño, por causa precisamente de la falla del servicio anteriormente establecida. Fueron tales autoridades quienes con su negligente y omisiva conducta dieron lugar, o por lo menos facilitaron la ocupación del Palacio de Justicia... Se recuerda que el hecho del tercero para valer como causal exonerativa de responsabilidad debía de ser, en el sub judice, irresistible e imprevisible para el Estado colombiano, en razón a que sí estaba en condiciones de preverlo o de resistirlo, como en efecto lo estuvo, y a pesar de

## SALA PLENA

ello no lo hizo, o lo hizo deficientemente, tal comportamiento culposo administrativo que vincula su conducta en el referido daño, bien puede considerarse como causa generadora de éste, sin que en tales condiciones resulte interrumpida la relación de causalidad anteriormente advertida”.

Es claro entonces, que lo dicho por la Sección Tercera no sólo no contradice la jurisprudencia citada, sino que le comunica firmeza, pues indica que el hecho del tercero no puede caber aquí como causal exonerativa de responsabilidad, dado que era previsible, vistos los antecedentes de que estuvo rodeada la toma del Palacio de Justicia. El Estado, como guardián de los bienes jurídicamente protegidos, ha de disponer de todos los medios eficaces y de los cuales dispone, a fin de que el servicio se preste con eficiencia, consciente del papel que le ha encomendado la comunidad.

Siendo lo anterior así, se concluye que el recurso extraordinario de súplica en estudio, no tiene vocación de prosperidad.

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 contra la sentencia de trece (13) de octubre de mil novecientos noventa y cuatro (1994), dictada por la Sección Tercera de la Corporación en el expediente 9557.

Cópiese, notifíquese y devuélvase a la sección de origen.

Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala Plena en sesión celebrada el día 16 de enero de 1996.

*Mario Alario Méndez, con aclaración de voto, Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Ruiz, Julio E. Correa Restrepo, Guillermo Chain Lizcano, salvó el voto; Reynaldo Chavarro Buriticá, Conjuez; Miren De la Lombana de M., Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaro Lecompte Luna, Diego Moreno Jaramillo, Conjuez; Carlos Arturo Orjuela Góngora, Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, María Eugenia Samper Rodríguez, Consuelo Sarria Olcos, ausente; Manuel S. Urueta Ayola.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Rechazo / RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Requisitos / JURISPRUDENCIA VIOLADA**

Habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recursos de súplica. En otros términos, el recurso de súplica procedente cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y no procede en caso contrario. Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoje doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley. La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la Corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

### **ACLARACION DE VOTO**

Santa Fe de Bogotá, D. C., a diecinueve (1) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996)

Dispon  el artículo 2  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 Conencioso Administrativo, en providencia de 25 de marzo de 1981, expres  que, de conformidad con lo establecido en ese artículo y en el

## SALA PLENA

artículo 24 del Decreto 528 de 1964, “la jurisprudencia cuya contradicción puede dar origen al recurso de súplica, no es otra que la interpretación adoptada por la antigua Sala de Negocios Generales o la acogida por la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado sobre un determinado aspecto jurídico” (Anales, T. C, núms. 469-470, p. 528).

Es este 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 a “alguna jurisprudencia”, ya se dijo. 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, o de la extinguida Sala de Negocios Generales, aquella 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 del Consejo de Estado, cualquiera fuera su origen.

Hoy, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 21 del Decreto 2304 de 1989, 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”.

Después expedida la disposición anterior reiteró la Sala, en sentencia de 6 de marzo de 1990, que el recurso extraordinario de súplica procedía sólo cuando la jurisprudencia pretendidamente contrariada por la de una de las Secciones estuviera contenida en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo o de las extinguidas Sala de Negocios Generales y Sala de lo Contencioso Administrativo (expediente S-132).

Otras muchas providencias podrían citarse al respecto, pero baste con la nombrada.

Y es también otra mi opinión. La Corporación a que se refiere las normas es, claro está, el Consejo de Estado. Las decisiones de cada una de sus Secciones son decisiones del Consejo de Estado, sin dudas, y por lo mismo los criterios que expresan son también la jurisprudencia del Consejo de Estado. Siendo así, su violación hace procedente el recurso extraordinario de súplica.

La sentencia dictada en esta oportunidad expresó “que el recurso extraordinario de súplica... gira en torno a establecer si en verdad la nueva doctrina de la Sección es opuesta a la que se ha sentado por la Sala Plena”.

Es esa la opinión que no comparto.

## II

Es impropio afirmar, como se hizo en la providencia y es costumbre, que el recurso no prospera porque la sentencia impugnada no es contraria a la jurisprudencia de la Corporación. En tales casos lo que corresponde es advertir que contra la providencia impugnada no hay recurso de súplica, es decir, que no es procedente, y rechazarlo, en consecuencia.

Pero no declarar que no prospera.

En efecto, habrá recurso de súplica, dice el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, contra los autos interlocutorios y las sentencias dictadas por una de las Secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo cuando sin la aprobación de la Sala Plena se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación. En caso contrario, es claro, no habrá recurso de súplica.

En otros términos, el recurso de súplica procede cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, y no procede en caso contrario.

Entonces, interpuesto el recurso, la Sala ha de estudiar, en primer lugar, si la providencia impugnada acoge doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, para determinar la procedencia del recurso. Si el recurso fuere procedente, examinará el fondo del asunto, para entonces confirmar la providencia impugnada si advierte que se ajusta a la ley, o a revocarla si encuentra que es violatoria de la ley.

La contrariedad de la sentencia impugnada a la jurisprudencia de la Corporación sólo determina la procedencia del recurso, pero no su prosperidad. El recurso sólo puede prosperar, en los casos en que procede, cuando la providencia que se impugna sea violatoria de la ley.

Por lo expuesto, resulta impropio afirmar, repito, como se hizo en la providencia, que el recurso no prospera porque no se contraría la jurisprudencia de la Corporación. Si ello es así, lo que ocurre es que contra la sentencia impugnada no había recurso de súplica, es decir, que no era procedente, y es eso lo que debe declararse y el recurso debe ser rechazado, pero no declarar que no prospera.

*Mario Alario Méndez.*

## **TRASLADO / EMPLEO DE CARRERA / VACANCIA DEL CARGO**

La sala no encuentra que los criterios de la Sentencia del 11 de mayo de 1960 hayan sido desconocidos por la providencia del 21 de noviembre de 1994, pues en ella la sección segunda de la corporación concluyó la legalidad de los actos demandados en razón de que no se probaron los hechos invocados en la demanda en relación con los motivos que tuvo la administración para ordenar un traslado, porque el traslado se hizo a un cargo de un nivel jerárquico y de remuneración, porque ese traslado es jurídicamente posible tanto para funcionarios de carrera como para los de libre nombramiento y remoción y porque la vacancia del cargo la podía declarar la administración sin procedimiento administrativo o disciplinario previo.

## **POSESION EN EL CARGO - Inexistencia / VACANCIA DEL CARGO**

No resulta válida la afirmación del recurrente en el sentido de que la Sentencia recurrida del 21 de noviembre de 1994, cuando dijo que la administración una vez constató la falta de posesión en el nuevo cargo, podía declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo, desconoció la jurisprudencia del 18 de febrero de 1959, por cuanto esta al mencionar que la posesión es la que perfecciona el vínculo jurídico entre el Estado y la persona que ha sido designada para ejercer un cargo, se refiere a los casos de nombramiento o elección pero no para aquellos en los cuales la persona que ha sido designada para ejercer un cargo, se refiere a los casos de nombramiento o elección pero para aquellos en los cuales la persona ya ha adquirido ese vínculo por estar ejerciendo un cargo dentro de la Administración Pública, como era el caso de la actora.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., enero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Consuelo Sarria Olcos*.

Radicación número S-463.

Referencia: Recurso Extraordinario de Súplica contra Sentencia de noviembre 21 de 1994 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Actora: Fabiola Zuluaga de Zamudio.

Fallo.

Procede a la Sala a resolver el recurso extraordinario de súplica interpuesto mediante apoderado por la actora, doctora Fabiola Zuluaga de Zamudio contra la Sentencia proferido por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el día 21 de noviembre de 1994, en el juicio de nulidad y restablecimiento del derecho, instaurado contra los Decretos 1687, 2178 y 2585 de 1982, expedidos por el señor Presidente de la República, mediante los cuales la actora fue trasladada a otro cargo, se declaró vacante el cargo por abandono del mismo y se resolvió negativamente el recurso de reposición interpuesto.

### LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La Sección Segunda de esta Corporación, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, mediante la Sentencia recurrida, confirmó la decisión denegatoria de las peticiones de la demanda, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Precisó la Sección Segunda del Consejo del Estado, que los actos acusados ordenaron el traslado de la actora de la ciudad de Santa Fe de Bogotá a Bucaramanga en un empleo de igual nivel jerárquico e igual remuneración al que venía desempeñando y se declaró y confirmó la vacancia del empleo, objeto del traslado, en virtud de que la actora no tomó posesión de su nuevo empleo.

Consideró que, aunque la demandante afirma que la Administración asumió esa actitud de persecución, por su oposición al desarrollo de actos contrarios al Fisco Nacional, examinado el proceso se observa que ni con las declaraciones juramentadas, ni con los documentos allegados en la etapa probatoria o con el aporte de la demanda o su contestación, se demostró que el traslado tuviera como fundamento la retaliación o el simple hecho de impedir que la actora continuara en Bogotá, por oponerse a actos irregulares en la Dirección de Impuestos Nacionales.

Se remite al estudio que sobre las declaraciones juramentadas hace la Procuradora Novena en su vista de fondo y afirma que de dichas pruebas sí surge la capacidad y probidad de la actora en el ejercicio de sus funciones, lo cual debe relievase, pero que son aspectos que por sí solos, no son demostrativos de los hechos alegados en la demanda.

Se refiere a lo dicho por el a quo en relación con el no desmejoramiento con el traslado, ya que la actora se desempeñaba a un cargo de igual categoría al cargo al cual fue trasladada.

En relación con la declaratoria de vacancia del empleo señala que, el funcionario público, en razón de su vinculación estatutaria a la Administración Pública adquiere

## SALA PLENA

una serie de derechos, pero también deberes y obligaciones especiales, establecidos en la ley y sus reglamentos que regulan su relación frente a la Administración y que está obligado a cumplir.

Cita como ejemplo y con el fin de lograr el buen servicio público en materia del recurso humano, que la Administración Pública está investida de la facultad para efectuar movimientos del personal en servicio, entre los cuales está el traslado, según lo dispone el artículo 24 del Decreto 1950 de 1973 y considera que habiéndose efectuado el traslado por necesidades del servicio **“pues en el proceso no se demostró otra cosa”**, la orden de la Administración debía cumplirse inexorablemente. Agrega que como en el proceso no se probó que la actora hubiera estado excusada de cumplir dicha orden, ni se encontraba en una situación de fuerza mayor, no le asiste razón en sus pretensiones.

Precisa que el fuero de carrera administrativa no le impide a la Administración ordenar traslados, ya que éstos son movimientos de personal, previstos tanto para los funcionarios de libre nombramiento y remoción como para los inscritos en la carrera administrativa y no pueden considerarse como una forma de provisión de empleos.

En relación con la actora, precisa que fue trasladada del empleo de **Jefe de División 2040-09 de la Subdirección de Recaudo de la Dirección General de Impuestos Nacionales** al cargo de **Jefe de División 2040-09 de la División Delegada de la Subdirección Jurídica de la Administración de Impuestos Nacionales de Bucaramanga** y que los dos cargos son de igual jerarquía y remuneración, lo que significa que la funcionaria no tuvo ningún desmejoramiento laboral.

Hace énfasis en que la igualdad jerárquica de los empleos debe examinarse desde el punto de vista jurídico y que, el Decreto Legislativo 1042 de 1978 no establece diferencias jerárquicas entre los empleos, por razón de encontrarse el cargo ubicado en una u otra dependencia y por lo tanto no es válido admitir, como se pretendió expresar en el proceso, que tiene mayor importancia pertenecer a la División de Recursos Tributarios que a la División de Cobranzas. La jerarquía jurídica de un cargo público no puede sopesarse por la importancia o consideración social que pueden los empleados atribuirle, pues el nivel jerárquico lo señala la ley y en el caso del traslado discutido ambos empleos comparten un mismo nivel jerárquico.

Finalmente, anota que no le asiste razón a la actora cuando afirma que la declaratoria de vacancia debía estar precedida de un proceso administrativo o disciplinario, porque dicho requisito no lo establece la ley, ni el reglamento y la administración, una vez constató la falta de posesión en el nuevo cargo podía declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo. Cita en este tema una Sentencia de la Sección Segunda con ponencia de la doctora Dolly Pedraza de Arenas en el expediente número 1481 en la cual se dijo:

“ Finalmente, con respecto al proceso disciplinario que ha debido adelantarse al accionante, se precisa que la declaración de vacancia de un cargo no constituye

sanción sino una causal autónoma de retiro, y por ello no requiere adelantamiento de un proceso disciplinario. Verificada la ausencia injustificada del empleado, la administración debe declarar la vacancia del cargo, independientemente de la acción disciplinaria que pueda proceder y de la responsabilidad civil o penal que corresponda, conforme al artículo 128 del Decreto 1950 de 1973. De manera que verificado que el demandante no asumió el empleo al que fue reintegrado y conocidas y evaluadas las razones que él mismo adujo para no aceptarlo, la administración podía tomar la decisión de declarar la vacancia sin requerir más procedimientos.’ (Sublíneas fuera de texto)”.

Concluye que no le asiste razón a la accionante.

### EL RECURSO INTERPUESTO

El señor apoderado de la actora al interponer el recurso extraordinario de súplica afirma que la Sentencia proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado contraría la jurisprudencia del Consejo de Estado así:

- Sentencia de la Sala de lo contencioso Administrativo del 11 de mayo de 1960, expediente 399, Actor: Cristina Bossio Herrera, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta.

De esta providencia transcribe como jurisprudencia contrariada el siguiente aparte:

“ ‘La obligación en que están los funcionarios públicos de respetar y acatar los mandatos superiores no llega hasta el extremo de inhibirlos para ejercitar sus derechos personales o para impedirles renunciar sus puestos sin pérdida de todos los derechos, inclusive el de la acción adquiridos antes del retiro, o despido.

“ ‘La irregularidad del acto administrativo no está condicionada por la posición que con posterioridad a su expedición adopte la persona agraviada. Si la decisión fue ilegal inicialmente, no puede sanear su vicio congénito por razón de que el ciudadano lesionado insurja contra el mandamiento irregular.

“ ‘Por otra parte, la ley concede la acción y esta nace desde el momento en que expide el acto ilegal. No está sometida a condiciones y el derecho a accionar es perfecto.’ ”

Y afirma que se desconoció por la Sentencia recurrida al sostener que la orden de la administración de traslado a la demandante debía cumplirse inexorablemente, ya que la doctora Fabiola Zuluaga de Zamudio tenía derecho a reclamar contra dicho traslado, sin que la falta de posesión en el nuevo cargo implique su abandono y sea esa, condición previa para ejercer tal derecho.

-Sentencia de la Sala Contencioso Administrativa del 18 de febrero de 1959, Actor: Antonio Ordóñez Ceballos, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta.

De esta Sentencia cita como desconocida la jurisprudencia transcrita en los siguientes apartes:

“ ‘La naturaleza del vínculo de Derecho que une al Estado colombiano con sus agentes administrativos y la concepción general sobre la investidura de funciones o sobre la pérdida de ella, son la consecuencia necesaria de nuestros reglamentos legales y no de una caprichosa apreciación de teorías exóticas. El artículo 65 de la Constitución, el C. de R. P. y M. en sus artículos 246, 248, 251 y 281 y relacionados, y el Código Penal en su artículo 178, limitan el campo dentro del cual se puede mover el intérprete y dan la medida exacta de los que es el *vinculum juris* Estado-agente. El fenómeno positivo de la investidura y el negativo de la privación de ella, están reglados ampliamente por esas normas positivas. La legislación nacional parte del principio de que la relación de derecho entre la administración y el funcionario se establece en virtud de actos bilaterales de voluntad ejecutados por el Estado y por el agente, mediante un Decreto o una aceptación. Es evidente que la administración pública crea unilateralmente el Status jurídico del empleado público, reglamenta sus obligaciones y derechos y modifica a su arbitrio tales ordenamientos. También es cierto que el objetivo específico del decreto de nombramiento es el de investir a determinada persona de ese estatuto preestablecido sin intervención de su voluntad. Pero no lo es menos que por sí sola la providencia de designación no produce la investidura de funciones que el Estado ha buscado, ya que la administración no continúa necesariamente ligada a su decreto y puede revocarlo a su arbitrio, o el ciudadano puede *ad libitum* y sin consecuencias jurídicas para él, declinar la designación y dejar sin efectos el nombramiento. Distintas son las condiciones para el Estado y para el agente, cuando la desingación ha sucedido la posesión del funcionario (sic), porque en razón de estos dos actos jurídicos, se operó la investidura de funciones.’

“ ‘...’

“ ‘Producida la designación o hecha la elección, surge el extremo inicial de ese lazo jurídico por medio de una manifestación unilateral de voluntad de la administración pública. Ese acto crea una expectativa (sic) de derecho en favor de la persona escogida, condicionada en sus resultados ulteriores a la voluntad del agente. Si éste acepta y se posesiona en la oportunidad legal, nace automáticamente otro término de relación, se perfecciona el vínculo y el Estado y el funcionario pasan a ser sujetos activos de derechos y pasivos de obligaciones. Desde ese momento se perfecciona el fenómeno jurídico de la investidura de funciones que, antes de la posesión era un simple derecho precario. La finalidad específica de la designación o de la elección es la de investir al ciudadano de un status legal que lo habilite jurídicamente para ejercer determinadas funciones públicas. Pero para poder realizar este objetivo inmediato, el agente necesita, como requisito previo, tener capacidad legal para ejecutar los actos de servi-

cio público que se le encomienden, para obligar con ellos a la administración y para crear o declarar situaciones jurídicas para el Estado y los terceros. Esa capacitación plena y completa para la actuación, es lo que constituye la investidura de funciones. En nuestro régimen legal, ella surge perfecta del nombramiento y la posesión.”

Respecto de esta jurisprudencia el recurrente afirma que fue desconocida por la sentencia recurrida al sostener esta que “la administración una vez constató la falta de posesión en el nuevo cargo, podía declarar la vacancia del empleo por abandono del cargo”, sin fundamentar su afirmación.

### **PARA RESOLVER SE CONSIDERA:**

No encuentra la Sala Plena que la sentencia objeto del recurso extraordinario de súplica que se resuelve, contraríe la jurisprudencia transcrita, la cual fue citada y precisada por la recurrente como vulnerada.

En efecto, en la primera de las providencias citadas, en el aparte transcrito, la Corporación se refirió a los derechos que tienen los funcionarios públicos para ejercer sus derechos personales y a la posibilidad de renunciar a sus puestos sin pérdida de todos los derechos, inclusive el de las acciones. Y afirmó que la irregularidad de un acto administrativo no depende de la actitud que con posterioridad adopte la persona agraviada, ya que si la decisión fue ilegal no puede sanearse porque el ciudadano lesionado no la acepte, e insiste en que la ley concede la acción frente al acto ilegal sin condiciones.

El recurrente considera que los criterios anteriores se desconocieron al afirmar, la sentencia recurrida, que el traslado se debía cumplir inexorablemente, desconociendo el derecho de la afectada de reclamar contra dicho traslado.

La Sala no encuentra que los criterios transcritos de la sentencia de 11 de mayo de 1960 hayan sido desconocidos por la providencia del 21 de noviembre de 1994 recurrida, pues en ella la Sección Segunda de la Corporación concluyó la legalidad de los actos demandados en razón de que no se probaron los hechos invocados en la demanda en relación con los motivos que tuvo la administración para ordenar un traslado, porque el traslado se hizo a un cargo de igual nivel jerárquico y de remuneración, porque ese traslado es jurídicamente posible tanto para funcionarios de carrera, como para los de libre nombramiento y remoción y porque la vacancia del cargo la podía declarar la Administración sin procedimiento administrativo o disciplinario previo.

Lo anterior corresponde a los términos mismos de la controversia, propuestas por la demanda en la cual se plantea como argumento fundamental de la misma, el que la Administración desconoció la estabilidad que a la actora le daba el estar inscrita en la carrera administrativa, y la omisión de un procedimiento disciplinario previo a la declaración de vacancia del cargo, pero sin que se hubieran propuesto argumentos

## SALA PLENA

relativos al derecho de la actora a interponer recursos o a ejercer las acciones pertinentes frente a las decisiones demandadas.

Así que, si éste que es el tema de la jurisprudencia citada, no se trató en la sentencia recurrida por cuanto no fue cuestionado en la demanda y por lo tanto no formó parte de la controversia que debía resolver la jurisdicción, no es posible afirmar que se desconoció la jurisprudencia invocada.

Y en relación con la segunda de las sentencias citadas como desconocidas, tampoco considera la Sala que haya contradicción, ya que en dicha providencia se hace referencia al vínculo existente entre el Estado y sus agentes, el cual está enmarcado por la Legislación Nacional, la cual parte del principio de que dicha relación de derecho se establece “en virtud de actos bilaterales de voluntad ejecutados por el Estado y por el agente, mediante un decreto o una aceptación”. Afirma que la Administración crea el status jurídico del empleado público mediante el nombramiento, pero dicha decisión por sí sola no produce la investidura de funciones que el Estado ha buscado, ya que el ciudadano puede declinar la designación y dejar sin efectos el nombramiento.

Considera que producida o hecha la elección surge un extremo de esa relación jurídica, por la manifestación unilateral de la voluntad de la administración y dicho acto crea una expectativa de derecho en favor de la persona escogida y si ésta acepta y se posesiona en la oportunidad legal, nace automáticamente el otro término de relación, se perfecciona el vínculo y el Estado y el funcionario pasan a ser sujetos activos de derechos y pasivos de obligaciones.

Menciona luego que la finalidad específica de la designación o elección es la de investir al ciudadano de un status legal que lo habilite jurídicamente para ejercer determinadas funciones públicas, y para poder realizar ese objetivo inmediato, el agente necesita tener capacidad legal para ejecutar los actos de servicio público que le correspondan y obligar con ellos a la Administración y esa “capacitación plena y completa para la actuación es lo que constituye la investidura de funciones”, la cual en nuestro régimen legal surge perfecta del nombramiento y la posesión.

Es claro para la Sala que la anterior jurisprudencia tampoco resulta contrariada por la sentencia recurrida, por cuanto se refiere expresamente a una designación o elección y al momento en el cual surge la investidura de funciones, temas totalmente diferentes a los que tuvo que abordar la providencia recurrida, en la cual se resolvió una controversia relativa a la legalidad de un **traslado** de un funcionario que ya venía ejerciendo funciones administrativas dentro de la respectiva entidad y a la procedencia de una declaratoria de vacancia de un cargo.

Y por lo anterior, no resulta válida la afirmación del recurrente en el sentido de que la sentencia recurrida del 21 de noviembre de 1994, cuando dijo que la Administración una vez constató la falta de posesión en el nuevo cargo, podía declarar la

vacancia del empleo por abandono del cargo, desconoció la jurisprudencia del 18 de febrero de 1959 por cuanto ésta, al mencionar que la posesión es la que perfecciona el vínculo jurídico entre el Estado y la persona que ha sido designada para ejercer un cargo, se refiere a los casos de nombramiento o elección pero no para aquellos en los cuales la persona ya ha adquirido ese vínculo por estar ejerciendo un cargo dentro de la Administración Pública, como era el caso de la actora.

Por todo lo anterior, considera la Sala que al no darse la contrariedad alegada por la recurrente, su recurso extraordinario no puede prosperar.

En mérito el Consejo de Estado por medio de su Sala Plena de lo Contencioso, 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 noviembre 21 de 1994 de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Cópiese, notifíquese, publíquese, devuélvase el expediente a la Sección de origen. Cúmplase.

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

*Consuelo Sarria Olcos, Daniel Suárez Hernández, Presidente; Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús M. Carrillo Ballesteros, Guillermo Chahín Lizcano, Salvó voto; Julio E. Correa Restrepo, Miren de la Lombana de M., Delio Gómez Leyva, Manuel S. Urueta Ayola, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Mario Alario Méndez, con aclaración de voto; Fernando Sarmiento Cifuentes, Conjuez; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria.*

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Alcance**

Como se deriva del contenido del artículo 130 del C.C.A., el recurso extraordinario de súplica, es un mecanismo que la ley ha instituido para que las partes de un proceso de única o de doble instancia que haya conocido una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, acudan ante el plenario de ésta -excluidos los magistrados integrantes de la respectiva sección- para cuando estimen que, mediante un auto interlocutorio o una sentencia, haya acogido doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación, sin la aprobación anticipada de la misma. Por lo tanto, han de excluirse citas que correspondan a pronunciamientos de las secciones, concentrándose a evidenciar, por el cotejo que se haga, que hay contradicción entre las tesis sostenidas en uno u otro evento, teniendo de presente, claro está, que ellas sirvieron de fundamento a las decisiones adoptadas.

## **RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Características / RECURSO EXTRAORDINARIO - Características / RECURSO DE CASACION - Similitud**

Las características del recurso saltan a la vista. En un recurso extraordinario, en primer lugar, porque se interpone fuera del proceso propiamente dicho, fuera de la única o de la doble instancia que se hayan surtido y porque se ha de limitar a circunstancias especiales, de tal manera que los cargos que se hagan a la providencia contrariada se ajusten a establecer que en verdad ha habido desconocimiento de la jurisprudencia por parte de la sección, a diferencia de lo que ocurre en los recursos ordinarios - reposición, apelación, queja, súplica ordinaria- cuyo propósito es la revisión del asunto, bien por el propio juez, bien por otro de superior o de igual jerarquía como es sabido; se eleva al resto de la Sala Plena para que estableciendo la contradicción, infirme el auto interlocutorio o la sentencia del caso. También es extraordinario por el fin que persigue, dado que el mismo consiste en mantener cierta unidad en la jurisprudencia de la corporación, por lo cual se asemeja, en cierto sentido, al recurso de casación existente en la jurisdicción común. Por lo tanto, lo que busca no es la

revisión del asunto, sino el lograr, a través de una tarea de parangón o de comparación, si la sección respectiva, en verdad, ha acogido doctrina que distorsione o vaya en contra de las tesis sostenidas por la corporación en asuntos similares. Solo si hay lugar a infirmar la providencia cuestionada, asumirá la Sala Plena su papel de Tribunal de instancia y podrá entrar a estudiar de lleno el fondo del asunto.

## FALLA RELATIVA DEL SERVICIO

**A las autoridades públicas no puede exigírseles lo imposible, como adoptar medidas fuera de su alcance en cuanto a recursos económicos se refiere. No se puede disponer de un agente policial o vigilancia especial con el objeto de contrarrestar los atentados de la delincuencia organizada, que actúa en los lugares más imprevistos.**

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación: Expediente número S-481

Referencia: Recurso Extraordinario de Súplica contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 1995, proferida por la Sección Tercera de la Corporación.

Actores y recurrentes: Melba Galvis de Vidal y otros.

Conoce esta Sala el recurso extraordinario de súplica formulado por el apoderado de los actores contra la sentencia calendada a veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), originaria de la Sección Tercera de la Corporación (Expediente N° 9987), mediante la cual se confirmó el fallo de trece (13) de mayo del año inmediatamente anterior, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, denegatorio de las peticiones que se impetraron en el libelo demandatario.

## I. ANTECEDENTES

1. Se trata de un proceso que ha tenido sustento en una acción de reparación directa (art. 86 del C.C.A.) incoada contra la Nación (Ministerio de Defensa, Policía Nacional) para que se la declare responsable de los daños antijurídicos que les ocasionó a los actores la explosión de un carrobomba el día 12 de mayo de 1990, aproximadamente a las 8:45 de la noche, en el sector de la calle 5ª y la carrera 39 de la ciudad de Cali.

2. En el escrito referido (folios 63 a 68 del cdno. N°. 3), la responsabilidad se concreta en los siguientes hechos:

## SALA PLENA

a) Las graves lesiones ocasionadas al joven Juan Jairo Vidal Galvis y su secuela de incapacidad por la pérdida del ojo izquierdo;

b) El pánico mayúsculo y la gran perturbación nerviosa de que fue víctima la señorita Luz Helena Vidal Galvis;

c) La muerte violenta de José Héctor Galvis Mejía;

d) La muerte violenta de Jhon Vladimir Alvarez Tabares;

e) La muerte violenta de Martín Emilio Oliva Olarte;

f) Las graves lesiones y las secuelas de las mismas causadas a la señora Julia Emma Vélez Escobar.

Aspira también la parte actora como consecuencia de esa responsabilidad, a una indemnización por perjuicios morales equivalente a 1.800 gramos oro, al precio internacional a la fecha de la ejecutoria de la sentencia favorable o la suma que para entonces tenga acordada la jurisprudencia, para cada uno de los demandantes, y por concepto de perjuicios materiales, lo siguiente:

a) A la señora Melba Galvis de Vidal por haber perdido temporalmente la ayuda económica de su hijo Juan Jairo Vidal Galvis quien resultó herido en el suceso, amén de la gran perturbación psicológica causada por la situación física en que quedó a raíz del percance, no sólo por las lesiones en sí mismas, por su ingreso a una clínica y por su permanencia en ella, sino “por el afeamiento que le produjo la anotada pérdida de su ojo izquierdo y la incapacidad que ello le acarrió.”;

b) A Cristina Rey Banderas y a su pequeño hijo Héctor Iván Galvis Rey por la muerte del compañero de aquella y padre de éste, quien trabajaba como mesero en el Grill “Gipsy”, que se derrumbó con la explosión, sufriendo diversos traumatismos, obtenían un ingreso mensual promedio de \$110.000.00, comprendiendo propinas;

c) A Mery Olarte por la muerte del joven Martín Emilio Oliva Olarte quien laboraba como portero en el mismo establecimiento y quien falleció instantáneamente;

d) A Gloria Tabares de Alvarez por la muerte del joven Jhon Vladimir Alvarez Tabares, quien transitaba en una bicicleta por el lugar de los hechos cuando éstos acontecieron. Alvarez Tabares trabajaba como contador en una empresa e independientemente con otros clientes. Era hijo único y vivía con su madre;

e) A Julia Emma Vélez de Escobar, a la menor Eymi Yazmín Vélez y a la señora Sulay Escobar de Vélez por las múltiples heridas faciales, fracturas y otros traumatismos que sufriera la primera, quien trabajaba al servicio de la panadería “La Sultana”, situada en el sector de la explosión, lo que durante un buen tiempo la incapacitó para llevar una vida normal, y además, ocasionándole una incapacidad permanente parcial.

Según la demanda, antes del accidente, en la fecha del mismo y posteriormente la señora Vélez de Escobar ha vivido con las otras personas que se han indicado, por lo que sufrieron igualmente perjuicios materiales y morales.

El libelista solicita asimismo que la demandada debe pagar las costas de este proceso, que las cantidades a pagar sean liquidadas en dinero y que la sentencia se cumpla dentro de los términos de ley.

3. Aparecen como actores Melba Galvis de Vidal, Luz Helena Vidal Galvis, María Magdalena Vidal Galvis; Cristina Rey Banderas, quien obra en su propio nombre y en representación de su hijo Héctor Iván Galvis Rey; Mardiri Mejía de Galvis, Héctor Galvis López, Gloria Inés Galvis Mejía, Adriana María Galvis de Mejía, Jorge Iván Galvis Mejía, Carlos Alberto Galvis Mejía, María Piedad Galvis Mejía, María del Carmen Galvis Mejía y Luz Elena Galvis Mejía; Gloria Tabares de Alvarez, Mery Olarte, Luz María Oliva Olarte y Nubia Stella Oliva Olarte; Julia Vélez Escobar y Sulay Escobar de Vélez.

4. Los hechos arriba aludidos los atribuye la parte actora a la situación de zozobra que se vive en Colombia y otros países del mundo por la acción persistente de grupos antisociales relacionados con el narcotráfico, que vienen perturbando gravemente el normal funcionamiento de las instituciones, en claro desafío criminal, con sus secuelas de perturbación de la seguridad ciudadana, la tranquilidad, la salubridad pública y la economía nacional, lo que ha servido de fundamento para declarar turbado el orden público y en estado de sitio o en conmoción interior el territorio patrio en varias ocasiones; esto constituye un hecho público y notorio y por ello es bien conocida la grave situación de violencia y de inseguridad y de allí que todas las autoridades policivas deben hacer presencia especial, sobre todo en el lugar donde hizo explosión el carrobomba para impedir e imposibilitar tan siniestra y dañina acción, dado que ella no era rara, ni insólita, ni improbable en la ciudad de Cali, máxime si en días anteriores muy próximos había ocurrido otra explosión de un carrobomba en diferente sector de la misma urbe.

En otro párrafo de su descripción de los hechos, anota la demanda que: “ni antes de que los terroristas colocaran el carrobomba en el sector predicho, ni antes de que lo hicieran explotar, en ese fatídico doce (12) de mayo de 1990, ni en el mismo momento de perpetrarse el acto criminal, se encontraba en el lugar de los hechos ni un solo agente de la Policía Nacional. Obviamente los terroristas, con la mayor facilidad y tranquilidad, pudieron llevar a ese lugar el carrobomba, buscar la mejor o más conveniente ubicación del mismo, según los aviesos designios de los criminales, y al final, dejarlo allí como presencia real de destrucción y muerte.” En consecuencia, agrega, los terroristas actuaron a sus anchas y con la máxima seguridad de no ser impedidos en sus propósitos ni menos sorprendidos, debido a la completa ausencia de vigilancia policiva.

Esa ausencia de la autoridad policiva es una conducta inexplicable, injustificada, negligente, falta de toda previsión, del más mínimo celo y cuidado, lo que configura

una evidente falta o falla del servicio de vigilancia, que hace responsable a la Nación por los daños graves ocasionados a los actores, lo que sube de punto si se tiene en cuenta que nueve días antes, el tres (3) de mayo, en el barrio Alameda de la misma ciudad de Cali había explotado otro carrobomba, con resultados de semejante gravedad, por lo que era de prever que ello podría ocurrir en otros sitios. Uno de los edificios más afectados en la explosión del 12 de mayo fue el que servía de sede al grill Gipsy al que se ha hecho mención.

## **II. DE LA SENTENCIA RECURRIDA**

Para la Sección Tercera de la Corporación “no hay espacio para la duda” para concluir que en el caso *sub judice* no se dió la falla del servicio. Para sustentar tal apreciación transcribe apartes de lo que sostuvo en sentencia de tres (3) de noviembre de 1994, Expediente 7310, Actor: Sociedad Mosquera Rengifo y Cía S.C., Consejero Ponente: doctor Juan de Dios Montes Hernández, porque el siniestro de que tratan estas diligencias no puede atribuirse a la administración y, como consecuencia, tampoco cabe deducirle ningún tipo de responsabilidad patrimonial por los mismos, ya que nada indica que hubiera irregularidad, ineficiencia, retardo u omisión en la prestación del mismo, ni siquiera calificándolas como daño especial ni como desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas.

En otro apartado de su transcripción, la Sección Tercera afirma que en el caso que examina “el Estado sí había dispuesto de una vigilancia especial, para contrarrestar cualquier acto delincencial que pudiera presentarse en los sitios con mayor afluencia de público como las iglesias, centros deportivos, grandes almacenes o centros comerciales, grandes espectáculos, bancos o entidades financieras; sin embargo, no se esperaba que el narcoterrorismo dirigiera su acción hacia pequeñas zonas residenciales o de comercio.” Y agrega: como se ha dicho, a las autoridades públicas no puede exigírseles lo imposible, como adoptar medidas fuera de su alcance en cuanto a recursos económicos se refiere para repeler la acción de mentes desquiciadas y criminales; con las limitantes que tiene la administración en países como el nuestro, no se puede pedir que para cada ciudadano o frente a cada bien que pudiera resultar vulnerado, se disponga de un agente policial o vigilancia especial con el objeto de contrarrestar los atentados de la delincuencia organizada, so pena de resultar comprometida la responsabilidad patrimonial de la administración. Como bien lo anota el agente del Ministerio Público en su vista de fondo de la primera instancia, el Consejo de Estado ha venido pronunciándose sobre la materia en la forma que se dejó anotada, como lo hizo en la sentencia de 11 de octubre de 1990 Exp. 5737, con ponencia del Consejero doctor Gustavo de Greiff Restrepo.”

Recuerda seguidamente lo indicado en esa ocasión donde se reitera lo dicho por la doctrina y la jurisprudencia en torno a la responsabilidad del Estado por falla o falta en el servicio, o sea, que evidentemente las autoridades públicas están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, pero que también es evidente que esa responsabilidad no resulta automáticamente, pues la

determinación de la falla que se presenta en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos, así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio de tal manera que pueda deducirse que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que nadie está obligado a lo imposible.

Trae a colación lo sostenido en otros casos en el sentido de que el Estado debe resarcir los daños causados a víctimas inocentes en los atentados ocasionados por los terroristas, a condición de que se encuentre debidamente probado que la acción criminal de que se trate estuvo directamente encaminada contra alguna de las más altas autoridades públicas, una sede castrense oficial o un centro de comunicaciones al servicio de la administración, de tal suerte que si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas contra la organización estatal son sacrificados ciudadanos inocentes y se vivencia que el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar, un centro de comunicaciones, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado, siempre y cuando se den las circunstancias anotadas.

### III. DE LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA RECURRIDA

El único cargo esgrimido por los recurrentes en súplica se fundamenta en el desconocimiento de la Sección Tercera a lo expresado por la Sala Plena de la Corporación en sentencia calendada a 12 de julio de 1988, en el proceso N° R-029, actora Ligia Calderón de Córdoba, recurso extraordinario de anulación, consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez, en la cual, luego de analizar las circunstancias fácticas que rodearon el asesinato del doctor Efraín Córdoba, Magistrado que era en ese momento del Tribunal Superior de Valledupar, pasa a reiterar la doctrina de la Corporación acerca del fenómeno de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla o falta del servicio, la que se puede condensar así:

a) Se trata de una figura autónoma, desligada de los conceptos que informan la responsabilidad de los particulares por los delitos y las culpas según los prospectos del Código Civil, por cuanto la autonomía del derecho público se ha estructurado sobre bases orgánicas, materiales y formales diferentes. Esos criterios indican la naturaleza de los intereses comprometidos y señalan los procedimientos singulares utilizados por el poder público, debido a que el fin esencial del Estado es el de satisfacer las necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior, necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes. En derecho privado, domina el principio de la libre determinación y de la consiguiente autonomía de la voluntad. En derecho público se parte de la idea contraria. Es, por ende, una responsabilidad autónoma, es decir, independiente de toda idea de culpa o de ilícito penal y se presenta como una falla funcional orgánica o anónima;

b) Por lo anterior puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para éste reparar los perjuicios causados bien sea la sociedad o a uno de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento o del defectuoso cumplimiento o del tardío cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución;

c) Cuando quiera que se vea que el ente estatal ha dejado de cumplir con la obligación de defender la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y por tanto ha incumplido con los deberes sociales impuestos en la Constitución y las leyes, debe declararse su responsabilidad y condenársele al pago de los perjuicios solicitados por la víctima. Por eso si habiéndosele solicitado amparo o encontrándose en la posibilidad de hacerlo aunque no se hubiere pedido en forma expresa la protección, las autoridades estatales dejaron de actuar como era su deber y por ello no protegieron la vida de una persona residente en el país y permitieron que otra destruyera sus bienes o la despojara de los mismos, o en el caso de que ellas sean quienes se los destruyan o arrebaten, tiene que concluirse que esa conducta omisiva, activa o permisiva hace responsable al ente público.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Una vez más aparece en esta ocasión como pertinente y didáctico, antes de iniciar el análisis de lo planteado por el recurrente, aludir, aunque sea brevemente, a los alcances que actualmente tiene el recurso extraordinario de súplica, a la luz del texto del artículo 130 del C.C.A., conforme a la subrogación que del mismo hiciera el artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989.

Como se deriva del contenido del artículo 130 del C.C.A. el recurso extraordinario de súplica es un mecanismo que la ley ha instituido para que las partes de un proceso de única o de doble instancia que haya conocido una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, acudan ante el plenario de ésta -excluidos los magistrados integrantes de la respectiva sección- para cuando estimen que, mediante un auto interlocutorio o una sentencia, hayan acogido doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, sin la aprobación anticipada de la misma. Por lo tanto, han de excluirse citas que correspondan a pronunciamientos de las secciones, concretándose a evidenciar, por el cotejo que se haga, que hay contradicción entre las tesis sostenidas en uno u otro evento, teniendo de presente, claro está, que ellas sirvieron de fundamento a las decisiones adoptadas.

Las características del recurso saltan a la vista. Es un recurso extraordinario, en primer lugar, porque se interpone fuera del proceso propiamente dicho, fuera de la única o de la doble instancia que se hayan surtido y porque se ha de limitar a circunstancias especiales, de tal manera que los cargos que se hagan a la providencia contrariada se ajusten a establecer que en verdad ha habido desconocimiento de la jurisprudencia por parte de la Sección, a diferencia de lo que ocurre con los recursos ordinarios -reposición, apelación, queja, súplica ordinaria- cuyo propósito

determinación de la falla que se presenta en el cumplimiento de tal obligación depende en cada caso de la apreciación a que llegue el juzgador acerca de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, como se hubieren sucedido los hechos, así como de los recursos con que contaba la administración para prestar el servicio de tal manera que pueda deducirse que la falla se presentó y que ella no tiene justificación alguna, todo dentro de la idea de que nadie está obligado a lo imposible.

Trae a colación lo sostenido en otros casos en el sentido de que el Estado debe resarcir los daños causados a víctimas inocentes en los atentados ocasionados por los terroristas, a condición de que se encuentre debidamente probado que la acción criminal de que se trate estuvo directamente encaminada contra alguna de las más altas autoridades públicas, una sede castrense oficial o un centro de comunicaciones al servicio de la administración, de tal suerte que si en ese enfrentamiento propiciado por los terroristas contra la organización estatal son sacrificados ciudadanos inocentes y se vivencia que el objeto directo de la agresión fue un establecimiento militar, un centro de comunicaciones, o un personaje representativo de la cúpula administrativa, etc., se impone concluir que en medio de la lucha por el poder se ha sacrificado un inocente y, por lo mismo, los damnificados no tienen por qué soportar solos el daño causado, siempre y cuando se den las circunstancias anotadas.

### III. DE LOS CARGOS CONTRA LA SENTENCIA RECURRIDA

El único cargo esgrimido por los recurrentes en súplica se fundamenta en el desconocimiento de la Sección Tercera a lo expresado por la Sala Plena de la Corporación en sentencia calendada a 12 de julio de 1988, en el proceso N° R-029, actora Ligia Calderón de Córdoba, recurso extraordinario de anulación, consejero ponente doctor Simón Rodríguez Rodríguez, en la cual, luego de analizar las circunstancias fácticas que rodearon el asesinato del doctor Efraín Córdoba, Magistrado que era en ese momento del Tribunal Superior de Valledupar, pasa a reiterar la doctrina de la Corporación acerca del fenómeno de la responsabilidad extracontractual del Estado por falla o falta del servicio, la que se puede condensar así:

a) Se trata de una figura autónoma, desligada de los conceptos que informan la responsabilidad de los particulares por los delitos y las culpas según los prospectos del Código Civil, por cuanto la autonomía del derecho público se ha estructurado sobre bases orgánicas, materiales y formales diferentes. Esos criterios indican la naturaleza de los intereses comprometidos y señalan los procedimientos singulares utilizados por el poder público, debido a que el fin esencial del Estado es el de satisfacer las necesidades colectivas, y en razón de ese objetivo superior, necesita apelar a sistemas autónomos que garanticen el cumplimiento de sus deberes. En derecho privado, domina el principio de la libre determinación y de la consiguiente autonomía de la voluntad. En derecho público se parte de la idea contraria. Es, por ende, una responsabilidad autónoma, es decir, independiente de toda idea de culpa o de ilícito penal y se presenta como una falla funcional orgánica o anónima;

b) Por lo anterior puede predicarse que la responsabilidad del Estado se desprende de la obligación que nace para éste reparar los perjuicios causados bien sea la sociedad o a uno de sus miembros, como consecuencia del no cumplimiento o del defectuoso cumplimiento o del tardío cumplimiento de los deberes fundamentales consagrados en la Constitución;

c) Cuando quiera que se vea que el ente estatal ha dejado de cumplir con la obligación de defender la vida, honra y bienes de las personas residentes en Colombia y por tanto ha incumplido con los deberes sociales impuestos en la Constitución y las leyes, debe declararse su responsabilidad y condenársele al pago de los perjuicios solicitados por la víctima. Por eso si habiéndosele solicitado amparo o encontrándose en la posibilidad de hacerlo aunque no se hubiere pedido en forma expresa la protección, las autoridades estatales dejaron de actuar como era su deber y por ello no protegieron la vida de una persona residente en el país y permitieron que otra destruyera sus bienes o la despojara de los mismos, o en el caso de que ellas sean quienes se los destruyan o arrebaten, tiene que concluirse que esa conducta omisiva, activa o permisiva hace responsable al ente público.

#### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Una vez más aparece en esta ocasión como pertinente y didáctico, antes de iniciar el análisis de lo planteado por el recurrente, aludir, aunque sea brevemente, a los alcances que actualmente tiene el recurso extraordinario de súplica, a la luz del texto del artículo 130 del C.C.A., conforme a la subrogación que del mismo hiciera el artículo 21 del Decreto-ley 2304 de 1989.

Como se deriva del contenido del artículo 130 del C.C.A. el recurso extraordinario de súplica es un mecanismo que la ley ha instituido para que las partes de un proceso de única o de doble instancia que haya conocido una de las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo, acudan ante el plenario de ésta -excluidos los magistrados integrantes de la respectiva sección- para cuando estimen que, mediante un auto interlocutorio o una sentencia, hayan acogido doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación, sin la aprobación anticipada de la misma. Por lo tanto, han de excluirse citas que correspondan a pronunciamientos de las secciones, concretándose a evidenciar, por el cotejo que se haga, que hay contradicción entre las tesis sostenidas en uno u otro evento, teniendo de presente, claro está, que ellas sirvieron de fundamento a las decisiones adoptadas.

Las características del recurso saltan a la vista. Es un recurso extraordinario, en primer lugar, porque se interpone fuera del proceso propiamente dicho, fuera de la única o de la doble instancia que se hayan surtido y porque se ha de limitar a circunstancias especiales, de tal manera que los cargos que se hagan a la providencia contrariada se ajusten a establecer que en verdad ha habido desconocimiento de la jurisprudencia por parte de la Sección, a diferencia de lo que ocurre con los recursos ordinarios -reposición, apelación, queja, súplica ordinaria- cuyo propósito

es la revisión del asunto, bien por el propio juez, bien por otro de superior o de igual jerarquía como es sabido; se eleva ante el resto de la Sala Plena para que estableciendo la contradicción, infirme el auto interlocutorio o la sentencia del caso. También es extraordinario por el fin que persigue, dado que el mismo consiste en mantener cierta unidad en la jurisprudencia de la Corporación, por lo cual se asemeja, en cierto sentido, al recurso de casación existente en la jurisdicción común. Por lo tanto, lo que busca no es la revisión del asunto, sino el lograr, a través de una tarea de parangón o de comparación, si la sección respectiva, en verdad, ha acogido doctrina que distorsione o vaya en contra de las tesis sostenidas por la Corporación en asuntos similares. Solo si hay lugar a infirmar la providencia cuestionada, asumirá la Sala Plena su papel de tribunal de instancia y podrá entrar a estudiar de lleno el fondo del asunto.

2. El fallo cuestionado, que transcribe, como ya se dijo, lo expresado anteriormente por la misma sección en el Expediente N° 7310, Actor: Sociedad Mosquera Rengifo y Cía S. C. S., Consejero Ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández, parte de un análisis global del material probatorio y concluye que el siniestro no puede atribuirse a la administración y, como consecuencia, tampoco cabe deducirle ningún tipo de responsabilidad patrimonial por los mismos, ya que nada indica que hubiera irregularidad, ineficiencia, retardo u omisión en la prestación del servicio, ni siquiera calificándolas como daño especial ni como desequilibrio o rompimiento de las cargas públicas.

En otras palabras, se trata de una situación fáctica distinta a las que rodearon el homicidio perpetrado en la persona del doctor Efraín Córdoba, puesto que en ésta se había solicitado insistentemente a la autoridad pública que protegiese al administrador de justicia y no obstante esa insistencia el percance se produjo.

Quepa destacar también que la sentencia que ahora se analiza sienta el principio valorativo de que a las autoridades públicas no puede exigírseles lo imposible, como adoptar medidas fuera de su alcance en cuanto a recursos económicos se refiere. No se puede disponer de un agente policial o vigilancia especial con el objeto de contrarrestar los atentados de la delincuencia organizada, que actúa en los lugares más imprevistos.

En otras palabras, es de derivar que la doctrina de que hizo uso la Sección Tercera no contradice la jurisprudencia sentada en el caso de Ligia Calderón de Córdoba, pues resulta de un análisis jurídico distinto, inspirado en la situación vivida en cada caso concreto.

De allí que la Sala Plena, al hacer el cotejo entre uno y otro fallo, no encuentre contradicción entre uno y otro, y por lo tanto no hay lugar a la prosperidad del recurso.

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

**FALLA:**

No prospera el recurso extraordinario de súplica interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 23 de febrero de 1995, dictada por la Sección Tercera de la Corporación en el Expediente N° 9987, Actor: Melba Galvis de Vidal y otros.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, devuélvase el expediente a la Sección de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 16 de enero de 1996.

*Alvaro Lecompte Luna, Mario Rafael Alario Méndez, Aclara voto, Ernesto Rafael Ariza, Joaquín Barreto Ruiz, Guillermo Chahín Lizcano, Salvó voto; Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez; María Eugenia Samper R.; Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola,*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

**NOTA DE RELATORIA.** La Sección Tercera ha consagrado la teoría de la falla relativa del servicio entre otros en las siguientes providencias: del 11 de octubre de 1990; Exp. 5737; Actor: Orlando Nieto Moreno; Consejero Ponente doctor Gustavo de Greiff Restrepo; del 25 de octubre de 1991; Exp. 6680; Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo, del 23 de mayo de 1994; Exp. 7616 Actor: Edelmira Bernal de Lobo; Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo.

**PERDIDA DE INVESTIDURA / CONGRESISTA / SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA**

La Sala es competente para decidir el presente negocio conforme lo previsto por el artículo 237 de la C.N. y la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional sentada en sentencia del 14 de julio de 1994 al declarar inexecutable el artículo 298 de la Ley 5ª de 1992 y reiterada en sentencia del 1º de junio de 1995 al declarar inexecutable la expresión “en pleno” del artículo 1º de la Ley 144 de 1994.

**CONGRESISTA / PERDIDA DE INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES / EMPLEO PRIVADO / PERSONA DE DERECHO PRIVADO / GREMIOS PARTIDO POLITICO - Diferencia**

La conducta a que hace relación el artículo 16 de la Ley 144 citada por la demanda está prevista como causal de pérdida de investidura en el artículo 183-1 de la C.N. El conflicto de intereses planteado en este caso particular con base en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994 y con el fundamento que se dejó plasmado al hacer la relación de este cargo, sólo constituye causal de pérdida de investidura si se dan los presupuestos de la norma. El legislador (se refiere al artículo 16 de la Ley 144 de 1994) establece que el Congresista acusado haya prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado. Lo que se predica de las personas de derecho privado, se predica también de los gremios que agrupan a un determinado sector de la sociedad o de la economía para buscar la satisfacción de unos intereses concretos, la mayoría de las veces económicos, en beneficio de los miembros del sector al que pertenezcan, sin que su existencia sea indispensable dentro de la organización política del Estado; en cambio, los partidos políticos son considerados por la Constitución como mecanismos esenciales para el funcionamiento de la democracia, su objetivo es mucho más amplio y general que el del gremio porque consiste en lograr el poder político mediante el acceso de sus militantes a las posiciones de representación popular y su presencia en las decisiones políticas y democráticas del Estado (Ley 130 de 1994, art. 2º). De acuerdo con lo anterior, la ley no podría establecer la similitud de gremio con partido político.

## **SALA PLENA**

### **PERDIDA DE INVESTIDURA / IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA - Inexistencia / ACREENCIA ELECTORAL - Inexistencia / DEUDOR DE LA PARTE**

La primera de las causales invocadas en la demanda, esto es, que el juez sea acreedor o deudor de alguna de las partes, no se configura por razón de los votos depositados en favor del entonces candidato a la Presidencia de la República, en la circunscripción electoral de Córdoba, porque tal circunstancia, no es de aquellas a las cuales se refiere la disposición.

### **PERDIDA DE INVESTIDURA / TEMERIDAD - Inexistencia**

En el sentido de que se ordene investigar la conducta del actor, la Sala debe observar que por estimar que no se dan los supuestos establecidos en el artículo 13 de la Ley 144 de 1994, no hay lugar a proveer sobre el particular.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis (6) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Miren de la Lombana de Magyaroff*.

Radicación número AC-3214.

Referencia: Expediente número AC-3214.

Actor: Jorge Eliécer Peñuela García.

## **PERDIDA DE INVESTIDURA**

El doctor Jorge Eliécer Peñuela García, obrando en propio nombre, solicita se decrete la pérdida de investidura del Representante a la Cámara Heyne Sorge Mogo-llón Montoya.

## **LA DEMANDA**

Manifiesta la parte actora que el 21 de septiembre de 1994 ante la Secretaría de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes con fundamento en el artículo 23 de la C.N. solicitó al ahora demandado se declarara impedido para continuar con la investigación del Presidente de la República a su cargo en calidad de ponente o que, en su defecto, lo recusaba; aunque pasaron quince días no obtuvo respuesta por lo que el 26 de octubre de 1995 solicitó intervención a la Procuraduría General de la Nación sin que se le respondiera, ante lo cual se dirige a esta corporación.

Como cargos en los cuales fundamenta la solicitud de pérdida de investidura plantea los siguientes:

1. El artículo 16 de la Ley 144 de 1994 define qué debe entenderse por conflicto de intereses y en el caso de autos manifiesta, el señor Representante Mogollón incurrió en la violación del régimen en mención por cuanto prestó sus servicios al Partido Liberal Colombiano y recibió remuneración del mencionado partido para desarrollar su trabajo político.

Manifiesta que los gremios se pueden comparar con los partidos políticos.

2. Invoca como contrariado el artículo 296-1 de la Ley 5ª de 1992 por violación del régimen de inhabilidades que explica así:

El artículo 103 del C. de P.P. señala las causales de impedimento de los funcionarios judiciales.

El numeral segundo señala como causal de impedimento que el funcionario judicial sea acreedor o deudor de alguno de los sujetos procesales. Al respecto manifiesta que el señor Presidente de la República es acreedor de los votos aportados por la circunscripción electoral de Córdoba.

La causal 4ª de la disposición invocada establece que está impedido para actuar como juez quien haya sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales. El demandado, continúa, fue defensor de la campaña política del doctor Ernesto Samper Pizano.

## CONTESTACION DE LA DEMANDA

El doctor Heyne Sorge Mogollón Montoya por intermedio de apoderada contestó la anterior demanda para oponerse a las declaraciones solicitadas por considerar que la acción es temeraria, carente de fundamento legal y presupuesto fáctico, por lo que solicita la aplicación del artículo 13 de la Ley 144 de 1994.

En relación con la solicitud de impedimento manifiesta que es cierto que dentro del proceso 597 se produjo la circunstancia señalada por la demanda pero que la misma fue objeto del trámite previsto en la Ley 5ª de 1992 y en el reglamento interno. Por tratarse de una entidad colegiada, según el artículo 160 del C. de P.P. el trámite y decisión de la recusación se atribuye a la plenaria de la Comisión, previamente citada al efecto.

De otra parte, la competencia disciplinaria en relación con el vencimiento de términos está atribuida a la Procuraduría General de la Nación a la cual el actor manifiesta haber acudido.

En relación con el aspecto de fondo invoca en primer término la providencia de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal del 2 de abril de 1979 que se

## SALA PLENA

pronunció en el sentido de que las partes tienen el derecho de recusar al juez y no el de invitarlo a declararse impedido. Con base en lo anterior, explica, la invitación como tal fue rechazada por el ahora demandado.

Considera que el actor por falta de técnica, confunde el evento que se estudia con el establecido en el numeral 3° del artículo 196 de la Ley 5ª de 1992 o conflicto de intereses.

El artículo 103 modificado por la Ley 81 de 1993 artículo 15 numerales 2 y 4 señala causales de impedimento.

Considera del caso recordar al actor que la causal segunda se configura cuando se da en el juzgador la condición de acreedor o deudor de alguna de las partes, vinculación que no se produce en el presente caso.

En el evento de las campañas políticas la afiliación a un partido político por parte de un conglomerado no puede significar una atadura afectiva o especial de la misma naturaleza que la que ata a un acreedor con un deudor para que se sienta en el ánimo una indeclinable tendencia al beneficio en tal forma que comprometa su imparcialidad o independencia frente a la decisión. Su situación no es exclusiva o peculiar sino similar a la de muchos otros.

Si eso hubiera querido el legislador, habría dicho en forma expresa y taxativa que para hacer parte de la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, juez natural del Presidente de la República, no se podía pertenecer al mismo partido del Primer Magistrado, lo que no se dijo.

El numeral 4° del artículo 103 del C. de P.P. debe interpretarse en el entendimiento de que no sólo es causal de recusación el ser o desempeñar tales cargos en otros procesos sino en los delictivos lo que excluye la procedencia de la recusación.

Cuando la norma en comento, continúa, se refiere a que el funcionario judicial haya sido defensor o apoderado de alguno de los sujetos procesales o su contraparte, se refiere de una parte a los de carácter judicial y de otra, al interés de índole intelectual de sacar adelante, como juez, la teoría defendida como litigante y sólo en tales eventos se configura la causal de impedimento no en las situaciones señaladas por el actor. Si bien los electores otorgan un mandato al elegido no lo hacen en las circunstancias que la norma exige.

En relación con el conflicto de intereses manifiesta:

La causal se establece para el trámite de asuntos como Congresista. Se debe entender en forma general, o sea, lo relacionado con la labor legislativa. Si en los debates de un proyecto de ley o de acto legislativo encuentra el Congresista que el gremio o la persona jurídica de carácter privado a la que sirvió en forma remunerada en las condiciones establecidas en la norma se beneficia con la aprobación debe así manifestarlo so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura.

El trámite de leyes estatutarias en las que se discute el futuro de los partidos políticos no es asunto de índole particular que afecte a los miembros de las colectividades porque el legislador supone que es asunto de carácter general, por tanto, si de este tipo de prohibiciones se tratara, jamás podría en el trámite de leyes estatutarias en las que se legislara sobre la vida de los partidos, participar personas afiliadas a un partido lo cual sería un contrasentido porque la razón de ser de la vida parlamentaria es la que tiene relación con la política.

Pero el Congresista que pertenece a la Comisión de Investigación y Acusaciones está llamado a ejercer por excepción una función de carácter judicial en el desempeño de la cual en presencia de un conflicto de intereses debe acudir a las normas procesales que indican el procedimiento y las causales de impedimento o recusación como en el caso ya señalado del contenido del artículo 103 del C. de P.P.

A manera de conclusión explica que los Congresistas están sometidos a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades que la Corte Constitucional ha expuesto en recientes providencias C-247 de 1995, C-347 del 4 de agosto de 1994.

El régimen de inhabilidades no tiene relación con la prohibición del artículo 103 del C.P.P. que se aplica a los administradores de justicia y a los Congresistas por excepción en los casos como el presente, razón por la que se debe señalar que el régimen de inhabilidades previsto como causal de pérdida de investidura no puede ser asimilado a las causales de impedimento o recusación allí fijados.

Las causales de pérdida de investidura son independientes de las de investigación disciplinaria de que trata la Ley 200 de 1995, como sería la de incumplimiento de términos procesales, razón por la cual el actor equivoca el competente que no es el Consejo de Estado para el estudio de causales de tipo disciplinario diferentes a las previstas en el artículo 183 de la C.N. y artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.

El régimen de inhabilidades previsto en el artículo 179 de la Carta no corresponde a la inhabilidad alegada en el artículo 103 del C.P.P.

El régimen de incompatibilidades del artículo 180 de la Carta no corresponde en ninguna de sus cuatro causales a los hechos alegados en la demanda.

El artículo 182 de la C.N. se refiere a los asuntos en los que el Congresista ejerza su actividad legislativa y en tal caso el régimen aplicable es el establecido para los funcionarios judiciales como ya se explicó y el juez disciplinario es la Procuraduría General de la Nación.

Como excepciones enuncia las de inepta demanda y falta de jurisdicción y competencia sin hacer comentario alguno ni dar explicaciones adicionales a las expuestas como fundamentos de la defensa y que se contienen en los párrafos anteriores.

## LA AUDIENCIA PUBLICA

La audiencia se tramitó conforme da cuenta el acta obrante a folios 80 y ss. De los resúmenes allegados al final de las correspondientes intervenciones se hace la siguiente síntesis:

### **El solicitante:**

Reitera los argumentos de la demanda y aclara que la prestación de sus servicios al partido liberal durante el año anterior a su elección aparece recogida en la entrevista radial reproducida por un noticiero de televisión cuyo video anexa.

En relación con el vocablo gremio, señala que se trata de conjunto de personas que tienen alguna circunstancia en común y que el partido liberal encuadra en tal acepción gramatical.

En relación con la violación del régimen de inhabilidades previsto en el artículo 296-1 de la Ley 5ª de 1992 en concordancia con el artículo 103 del C. de P.P. manifiesta que el 21 de septiembre de 1995 se acercó a la Comisión para que sus integrantes se declararan impedidos pero no se le respondió por lo que se dirigió a la Procuraduría sobre el silencio de su derecho de petición sin que se haya pronunciado.

Manifiesta que no sólo presenta ahora esta demanda sino que en memoriales anteriores se dirigió al Representante ahora demandado para expresarle la conveniencia de que se desarrolle el artículo 88 de la C.N. sobre acciones populares para que sea el pueblo el que dé el veredicto final en el juzgamiento de dignidades administrativas.

Expone que su posición no es personal contra el Representante acusado mediante la presente demanda sino institucional y por ello ya solicitó al Consejo Nacional Electoral que expidiera certificación sobre los diez representantes a la Cámara de filiación liberal para presentar demanda por los mismos hechos.

Así solicita a esta corporación que pida al Consejo Nacional Electoral certifique los ingresos que recibieron los parlamentarios liberales de la Comisión de Acusación, provenientes de la tesorería liberal; igual oficio se debe cursar a la Fiscalía Regional entidad en la cual reposan con exactitud tales documentos.

Por último solicita por conducto de esta corporación que se oficie al Consejo Nacional Electoral para que el Representante a la Cámara, Heyne Sorge Mogollón Montoya, reintegre los gastos de financiación de su campaña que le otorgó el Consejo Nacional Electoral porque el informe de la relación de gastos y egresos de 1994 es inexacto; no relacionó el millón de pesos recibido del partido liberal según el reportaje a que hace referencia.

### **El Ministerio Público:**

El señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado por su parte, solicitó se denegaran las peticiones demandatorias y se ordenara compulsar copias de

la actuación para efectos de que se investigue la conducta de la parte demandante, con base en los siguientes fundamentos:

En relación con el primer cargo expone que hay manifiesta confusión que procede a aclarar en la siguiente forma:

El artículo 38 de la C.N. establece como derecho fundamental el de libre asociación para el desarrollo de actividades que se realizan en sociedad, el 40, *ibídem*, señala el derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, una de cuyas muestras es el derecho a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación, formar parte de ellos y difundir sus ideas y programas. El artículo 107 constitucional precisa el anterior y garantiza a los nacionales el derecho, así como la libertad de afiliación y desafiliación de los partidos y movimientos políticos; el artículo 108 de la C.N. prevé la posibilidad de que los partidos y movimientos obtengan del Consejo Nacional Electoral el reconocimiento de su personería jurídica y el artículo 109 *ibídem*, dispone la contribución del Estado a la financiación de su funcionamiento y de las campañas electorales en que participen.

En desarrollo de las normas constitucionales de institucionalización de los partidos el legislador expidió mediante la Ley 130 de 1994 el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos. El artículo 2° definió los partidos como “instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones democráticas de la Nación”.

La Constitución reconoce la existencia de personas jurídicas que conforme a la misma Carta y al legislador presentan tipos y clasificaciones según el régimen jurídico, objetivos genéricos o particulares, órgano creador, participación, origen del patrimonio y entre ellas aparecen las asociaciones cuya conformación el artículo 38 de la C.N. eleva a derecho fundamental: en las mismas asociaciones existen diversas clases conforme al origen, características, funciones y fines, como sindicatos, cooperativas, asociaciones gremiales, etc.

Las asociaciones gremiales con las cuales se plantea el símil son personas jurídicas que agrupan a personas naturales o jurídicas pertenecientes a determinado sector de la sociedad o de la economía con el fin de obtener unos objetivos inherentes a sus particulares intereses, como por ejemplo Fenalco, Acopi, Fedemetal, UTC, Fecode., Ascun, etc.

Los partidos políticos por su parte, son personas jurídicas como se infiere de los textos constitucionales y legales, creados por nacionales con mecanismos esenciales para el funcionamiento de la democracia participativa y representativa, cuyo objetivo es la búsqueda del poder político a través del acceso de sus militantes a cargos de representación popular y su incidencia en las decisiones políticas y democráticas de la Nación –Ley 130 de 1994, art. 2°–.

## SALA PLENA

El fin fundamental de los partidos, el logro del poder político por la obtención de cargos de elección popular con la consecuente incidencia en las decisiones políticas y democráticas, conlleva la afirmación de que sus intereses son genéricos abstractos en contraposición a los de las asociaciones gremiales las cuales tienen como finalidad satisfacer los intereses económicos sociales que representan.

La afirmación no se desvirtúa respecto a los intereses de los partidos políticos por las aspiraciones personales de los militantes que al alcanzar determinada posición a través del sufragio en ejercicio del poder político, deben propender por convertir en realidad los postulados fundamentales genéricos de su colectividad mediante la toma o incidencia directa en las decisiones estatales.

Es natural que los partidos en cuyo funcionamiento y campañas se prevé la contribución del Estado para su financiación, remuneren de sus fondos a aquellos activistas que requieren para el desarrollo de las labores políticas y algunas, sin duda las más importantes, son las campañas encaminadas a obtener el reconocimiento de la colectividad y los votos necesarios para el acceso de sus militantes a los diversos cargos de elección popular.

En síntesis, los intereses de los gremios a que se refiere el artículo 16 de la Ley 144 de 1994, no se pueden confundir con aquellos que conforme a la Constitución Nacional y la ley atañen a los partidos políticos y por ello no puede predicarse la posibilidad de un conflicto de intereses en el *sub judice* por la participación del representante Mogollón en la campaña de 1994 a más de que las decisiones que corresponden tomar en ejercicio de su misión en la Comisión de Acusación sólo pueden afectar de manera directa e inmediata a las personas, sujetos pasivos de la investigación, aunque en forma mediata e indirecta puedan tener incidencia en un partido, movimiento o, incluso, a la sociedad en general.

En relación con la violación del régimen de inhabilidades por el supuesto quebranto del artículo 103 del C. de P.P. en sus numerales 2º y 4º, manifiesta que los pretendidos nexos como deudor y acreedor los deduce el actor de manera insólita, absurda y carente de seriedad, de que el hoy jefe de Estado consiguió 26.074 votos en la circunscripción electoral del departamento de Córdoba, en la misma por la cual consiguió una curul y la condición de defensor del doctor Samper por haberlo apoyado en su candidatura a la Presidencia.

Considera que tanto esta Corporación como la honorable Corte Constitucional han reiterado que las inhabilidades aplicables a los Senadores y Representantes son las descritas en los artículos 179 y 180 de la C.N. por lo que no puede acudirse a textos legales destinados a comprender a personas que aspiren a desempeñar o desempeñen otras funciones públicas.

Invoca al respecto la sentencia del 26 de septiembre de 1994, expediente AC-1898 Consejero Ponente doctor Carlos Betancur Jaramillo.

Por lo anterior solicita la denegatoria de las peticiones pues con el pretexto del carácter público de la acción de pérdida de investidura, somete al tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo a una ostensible pérdida de tiempo y a un desgaste jurisdiccional.

Por último, el señor Procurador, ante la temeridad e irracionalidad de la acusación, solicita se ordene en la sentencia la expedición de copias de la actuación para que los organismos competentes adelanten la correspondiente investigación e impongan las sanciones a que haya lugar.

Parte demandada:

La señora apoderada de la parte demandada, presenta la siguiente argumentación:

### **I. Introducción**

Señala que los congresistas pueden comprometer su responsabilidad política, penal o disciplinaria. La primera corresponde juzgarla al Consejo de Estado, el segundo a la Corte Suprema de Justicia, y el tercero a la Procuraduría General de la Nación.

Sobre la naturaleza del juicio de pérdida de investidura invoca la sentencia del 8 de septiembre de 1992, expediente AC-175, Consejero ponente doctor Guillermo Chahín, se trata de un proceso jurisdiccional no de naturaleza administrativa. Aunque el Consejo de Estado y la Corte Constitucional le han dado a las causales de pérdida de investidura un carácter de falta disciplinaria no es menos cierto que no cualquier infracción de tipo disciplinario se puede tramitar por ese procedimiento, porque el régimen disciplinario se compone de disposiciones legales en las que se consagra no sólo la descripción de deberes y prohibiciones a que están sujetos los funcionarios y empleados de una entidad del Estado o rama del poder público, sino las faltas en que pueden incurrir, las sanciones aplicables, los procedimientos de imposición, los funcionarios con competencia para su conocimiento, causales de impedimento y recusación, términos de prescripción y caducidad, todo en defensa del principio de legalidad que debe guiar un proceso.

La imposición de sanciones conforme a la ley hace relación no a la facultad del legislador de trasladar a otras autoridades la facultad de imposición de sanciones derivadas del poder disciplinario del Ministerio Público, sino al principio de legalidad que rige el derecho disciplinario según el cual la ley regula los tipos de sanciones disciplinarias y sus procedimientos de investigación desarrollados por la Procuraduría.

Esta última toca con el contenido del artículo 277 de la C.N., en el sentido de que a la Procuraduría corresponde ejercer la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular.

Por ello el artículo 20 de la Ley 200 de 1995 señala como destinatarios de la ley entre otros a los miembros de las corporaciones públicas por las causales allí señala-

das incluyendo las previstas en el artículo 41 y ss. que tratan de la violación de régimen de prohibiciones allí señalado.

En el presente caso se hace mención de manera indiscriminada a la violación al régimen de inhabilidades que sí podría llevar a la pérdida de investidura, a las causales que pueden dar lugar a investigación de tipo disciplinario de competencia de la Procuraduría y la competencia en los casos de actuaciones en el poder jurisdiccional lo que debe ser interpretado restrictivamente.

La falta de legislación sobre la función jurisdiccional en extenso, que por remisión de la Carta ha sido asignada al Congreso de la República, y sobre las causales de inhabilidad e incompatibilidad y en general sobre el régimen de prohibiciones en que puedan incurrir los parlamentarios en el ejercicio de dichas funciones consideradas de excepción dentro de la órbita que se les atribuye como legisladores, no puede prestarse a confusión en un Estado de derecho: Debe entenderse que aparte del origen constitucional de la función, artículos 178 y ss., si al tenor de su desarrollo constitucional previsto en los artículos 33 y 334 de la Ley 5ª de 1992, el Representante designado para investigar posibles conductas delictuosas ejerce la investigación de delitos comunes con las mismas atribuciones, facultades y deberes que los agentes de la Fiscalía General de la Nación y dicta autos entre los cuales se encuentra el de citación a indagatoria, por ejemplo, el régimen de prohibiciones aplicables es el contenido en el artículo 103 del C. de P.C.

### **II. Régimen de prohibiciones en general**

Las inhabilidades e incompatibilidades deben estar contempladas expresamente en la Constitución y la ley, los congresistas están sometidos a un régimen estricto (Sentencia C-247 de 1995, Expediente D-174, de la honorable Corte Constitucional).

### **III. El conflicto de intereses en particular**

Los legisladores deben ejercer sus funciones y dirigir su acción al bien de la comunidad y con total prescindencia de intereses de orden personal o particular.

Por ello surge la obligación ética para todo miembro del Congreso de comunicar a la Cámara respectiva los conflictos de intereses de orden moral o económico que los pueden inhibir para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración so pena de perder la investidura como lo decretó el honorable Consejo de Estado dentro del Expediente AC-796 a un parlamentario que no se inhibió de participar en el trámite de una ley que de manera indirecta consagraba beneficios en favor de claustros como los que él presidía.

Es en esta ocasión la primera vez que se juzga la conducta de un congresista no en el desempeño de su función legislativa, sino en el ejercicio de una actividad

que si bien no es propia de su naturaleza sí le fue asignada por la Asamblea Constituyente.

El conflicto de intereses fue desarrollado inicialmente por el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.

Se hace referencia en la norma a la actividad legislativa sin que ello signifique que circunstancias de igual naturaleza no puedan afectar a la rama jurisdiccional o mejor aún a un congresista que ejerce excepcionalmente funciones de índole jurisdiccional pero su trámite sería diferente.

La Ley 144 se ocupó del mismo tema en el artículo 16 y la pregunta que surge es cuál es la legislación aplicable a un legislador que actúa como fiscal en un procedimiento judicial y al respecto se pronunció en providencia del 12 de octubre de 1995, Ref. Excusa N° E-004, con ocasión de hechos relacionados con la tramitación del proceso.

Considera que el actor es confuso por cuanto a veces se refiere al artículo 16 de la Ley 144 de 1994 sobre conflicto de intereses, a veces a lo que denomina violación del régimen de inhabilidades que no es propiamente el de los congresistas del artículo 183-1 de la C.N. y 296-1 de la Ley 5ª de 1992 para terminar encuadrando la conducta en las causales 2ª y 4ª del artículo 103 del C.P.P. asimilando partidos políticos a instituciones de derecho privado para tratar de encuadrar la conducta. Considera probable que se trate de referencia a la violación del régimen de inhabilidades en el poder judicial, que pasa a analizar.

#### **IV. Las inhabilidades en la Rama Judicial y en la Administrativa**

La violación del régimen disciplinario previsto en el Decreto 1888 de 1989 como del actual del Decreto 2652 de 1991 conlleva infracción de tipo disciplinario cuyo conocimiento corresponde al Consejo Superior de la Judicatura.

Pero si se trata de la falta cometida por un congresista, según el Código Disciplinario Unico contenido en la Ley 200 de 1995, artículo 38, conoce aun en el caso de los Congresistas la Procuraduría General de la Nación.

El artículo 20 *ibídem* indica que son destinatarios de la ley disciplinaria los miembros de las Corporaciones Públicas.

Considera que el literal c) del artículo 4º de la Ley 144 de 1994 exige que se concrete la invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de investidura, requisito que considera no cumplido en debida forma porque ninguna de las causales previstas en el artículo 179 de la C.N. corresponde a su alegato ni tampoco las señaladas en el artículo 180, ni en el 183 *ibídem*.

En relación con la queja a la Procuraduría General de la Nación se contrae a una causal de tipo disciplinario sometida a decisión de la entidad citada según lo afirmado

## **SALA PLENA**

por el actor por falta de respuesta del congresista investigador a su invitación de que se declarara impedido, a lo cual debe responderse que los jueces hablan por medio de sus providencias como sucedió en tal oportunidad.

De otra parte debe precisarse que la Plenaria de la Comisión de Investigación y Acusación en su oportunidad aceptó los argumentos por las causales el Representante Investigador rechazó la invitación a declararse impedido y al respecto se remite a lo alegado en la demanda.

### **V. Las causales del artículo 103 del C. de P.P.**

En relación con las causales invocadas manifiesta que el 26 de septiembre el Congresista investigador manifestó su rechazo a la invitación al argumentar que la solicitud de impedimento no es viable porque la actuación procedente es recusar y en el caso controvertido el ser copartidario del Presidente de la República no configura ninguna de las causales de impedimento o recusación de que trata la norma invocada por lo que se dispuso que en los términos previstos en el C. de P.P. se diera traslado a la plenaria la cual no aceptó la recusación propuesta.

La razón del rechazo obedeció no sólo a razones de forma, sino de fondo pues el pertenecer al mismo partido del investigado no es óbice para cumplir con el deber asignado porque no se nubla el entendimiento, ni la razón hasta el punto de conseguir un pronunciamiento contrario a derecho.

La otra causal de impedimento alegada, o sea, el ser acreedor o deudor de uno de los sujetos procesales interpretada por el actor como configurada por el hecho de haber conseguido una votación determinada, confunde el evento dado con aquel objeto de censura consistente en ligar a las personas como acreedoras y deudoras con consecuencias de dependencia que no se pueden predicar frente a las personas que votan por un candidato entre otras cosas porque sería atentatorio de la pureza del sufragio.

Tampoco, continúa, es procedente la aplicación de la causal 4ª o sea, que el funcionario judicial sea apoderado o defensor de uno de los sujetos procesales, o sea, que haya sido contraparte o lo haya aconsejado manifestando su opinión porque los Congresistas están autorizados por la Carta a realizar campañas políticas en favor de sus candidatos sin que por ello se vean inhabilitados para ejercer funciones de su cargo.

El ejercicio del derecho al sufragio no ata a los votantes ni a los elegidos en condiciones personales como la que se da entre deudores o acreedores porque los fines en el primer caso son altruistas, como son el ejercicio de la democracia representativa en las contiendas que llevan a unos ciudadanos a las corporaciones de elección popular, el compromiso es hacer cumplir unos postulados y se contrae con la sociedad en general y su incumplimiento se reivindica mediante otros procedimientos y causales debidamente previstos en la ley.

En la conformación del juez natural del Presidente de la República no existe como limitante la de pertenecer al mismo partido político del investigado porque como limitante tendría que estar señalada expresamente.

## **VI. La vinculación a partidos políticos como excepción al régimen de incompatibilidad**

Conforme al artículo 283-9 de la Ley 5ª de 1992 los Congresistas pueden participar en los organismos directivos de los partidos o movimientos políticos que hayan obtenido personería jurídica conforme a la ley; es decir, hay una excepción a la incompatibilidad. Invoca al respecto apartes de la sentencia expedida por la Sala Contenciosa del Consejo de Estado del 23 de febrero de 1994, Exp. 1386, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, que aunque no contempla exactamente el mismo caso, la supuesta violación del artículo 180-1 de la C.N., sirve en relación con la no asimilación de partido político a entidades de derechos privados.

## **CONSIDERACIONES**

### **Competencia**

La Sala es competente para decidir el presente negocio conforme lo previsto por el artículo 237 de la C.N. y la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional sentada en sentencia del 14 de julio de 1994 al declarar inexecutable el artículo 298 de la Ley 5ª de 1992 y reiterada en sentencia del 1º de junio de 1995 al declarar inexecutable la expresión “en pleno” del artículo 1º de la Ley 144 de 1994.

### **Las excepciones**

En primer término la Sala debe precisar que las planteadas como excepciones no aparecen sustentadas como tales, sino que se mencionan como consecuencia de lo expuesto como argumentos de la defensa. En tales condiciones no hay lugar a análisis especial aparte del procedente respecto del fondo del negocio.

### **El fondo del negocio**

El primero de los cargos planteados es la violación del régimen de conflicto de intereses, con invocación del artículo 16 de la Ley 144 de 1994, porque el doctor Mogollón en el año anterior a su elección como Representante a la Cámara prestó servicios al Partido Liberal Colombiano y recibió remuneración por su trabajo político.

La conducta a que hace relación el artículo 16 de la Ley 144 citada por la demanda está prevista como causal de pérdida de investidura en el artículo 183-1 de la C.N. del siguiente tenor:

“Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

“1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses”.

Por su parte, el artículo, el artículo 16 de la Ley 144 de 1994, dice:

“Artículo dieciséis. *Conflicto de intereses*. Definición: Los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva de la respectiva Corporación para que decida si los Congresistas aludidos deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos”.

El conflicto de intereses planteado en este caso particular con base en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994 y con el fundamento que se dejó plasmado al hacer la relación de este cargo, sólo constituye causal de pérdida de investidura si se dan los presupuestos de la norma.

En el presente caso se observa que los elementos previstos en la disposición no se cumplen, como pasa a explicarse:

Como primer elemento, el legislador establece que el Congresista acusado haya prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado. Se alega que el conflicto se presenta porque el Congresista acusado prestó sus servicios al Partido Liberal Colombiano y la demanda asimila la prestación de servicios a dicho partido con prestación de servicios a un gremio o persona de derecho privado, aspecto este último que fue aclarado y diferenciado por esta misma Sala en anterior oportunidad en la siguiente forma:

“1. El artículo 40 de la Constitución Política consagra como derecho fundamental de los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y dentro de las formas de hacer efectivo este derecho prevé en su numeral 3° la de ‘Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas’ ”.

2. El artículo 107 *ibídem*, en consonancia con el precepto anterior, “garantiza a todos los nacionales el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse”.

“3. El artículo 108 *ibídem*, por su parte, estatuye, entre otras regulaciones que el Consejo Nacional Electoral reconocerá personería jurídica a los partidos o movimientos políticos que se organicen para participar en la vida democrática del país, cuando comprueben su existencia con no menos de cincuenta mil firmas, o cuando en la elección anterior hayan obtenido por lo menos la misma cifra de

votos o alcanzado representación en el Congreso de la República; que en ningún caso podrá la ley establecer exigencias en relación con la organización interna de los partidos y movimientos políticos, ni obligar la afiliación a ellos para participar en las elecciones; que los partidos y movimientos políticos con personería jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones sin requisito adicional alguno; y que dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue.

“4. El artículo 109 *ibídem* autoriza al Estado para contribuir a la financiación del funcionamiento y de las campañas electorales de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y a la ley para limitar el monto de los gastos que los partidos y movimientos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones individuales.

“5. El artículo 111 *ibídem* le reconoce a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica el derecho a utilizar los medios de comunicación social del Estado en todo el tiempo y conforme a la ley.

“6. El artículo 152 literal c) *ibídem* atribuye al Congreso de la República la facultad de regular mediante ley estatutaria, la organización y régimen de los partidos y movimientos políticos.

“7. Del contenido de los preceptos constitucionales enunciados fluye claramente que para hacer una realidad los principios fundamentales que postula la Carta en sus artículos 1° y 2°, esto es, que Colombia es una república democrática, participativa y pluralista y que dentro de los fines esenciales del Estado está entre otros, el de facilitar la participación de todas las personas en las decisiones que las afecten y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, se les ha dado una entidad constitucional a los partidos y movimientos políticos, sin hacer distinciones entre unos y otros, garantizando a los ciudadanos la libertad de afiliarse y fundar los mismos, reconociéndoles personería jurídica cuando satisfagan los requisitos allí previstos, prohibiéndole a la ley entrometerse en su organización interna, facultándolos para inscribir candidatos en las elecciones con el aval del respectivo representante legal, autorizando al Estado para financiar su funcionamiento y campañas electorales y para permitirles el acceso a los medios de comunicación estatales.

“8. Las regulaciones puestas de presente no hacen sino institucionalizar una realidad sociológica y política: los partidos y movimientos políticos son organizaciones que tienen como objetivo directo la conquista del poder o la participación en su ejercicio, a través de la obtención de escaños en las corporaciones de elección popular, como son en Colombia, el Congreso de la República, las asambleas departamentales los concejos municipales y distritales, como también a

## SALA PLENA

cargos de la misma índole como a la Presidencia y Vicepresidencia de la República, gobernaciones y alcaldías.

“9. Las consideraciones precedentes ponen en evidencia que los partidos y movimientos políticos al ser objeto, como se ha visto, de una regulación especial de carácter constitucional y legal estatutario, no pueden asimilarse a las personas jurídicas de derecho privado, las cuales tienen objetivos diferentes, que no son políticos como los de aquéllos y que están sujetas a una normatividad distinta de derecho privado, consagrada en los Códigos Civil y de Comercio y demás disposiciones que los complementan” (AC-1386. Actor Jaime Rafael Pedraza. Consejero Ponente Dr. Ernesto Rafael Ariza).

Ahora bien, a lo anterior debe agregarse que lo que se predica de las personas de derecho privado, se predica también de los gremios que agrupan a un determinado sector de la sociedad o de la economía para buscar la satisfacción de unos intereses concretos, la mayoría de las veces económicos, en beneficio de los miembros del sector al que pertenezcan, sin que su existencia sea indispensable dentro de la organización política del Estado; en cambio, los partidos políticos son considerados por la Constitución como mecanismos esenciales para el funcionamiento de la democracia, su objetivo es mucho más amplio y general que el del gremio porque consiste en lograr el poder político mediante el acceso de sus militantes a las posiciones de representación popular y su presencia en las decisiones políticas y democráticas del Estado (Ley 130 de 1994, art. 2°).

De acuerdo con lo anterior, la ley no podría establecer la similitud de gremio con partido político, que hace la demanda.

En tales condiciones se deduce claramente que no existe violación al régimen de conflicto de intereses previsto como causal de pérdida de investidura por el artículo 183-1 de la C.N., alegado en el presente caso con fundamento en la violación del artículo 16 de la Ley 144 de 1994, porque el congresista acusado no prestó servicios remunerados a un gremio o persona de derecho privado.

La norma establece, también, que el acto sometido al estudio del Congreso incida directamente en los intereses de la persona para la cual se prestó el servicio. Se observa en el presente caso, que mientras los servicios se dicen prestados al Partido Liberal Colombiano, la incidencia directa del acto sólo podría predicarse en relación con la persona natural, Presidente de la República, respecto de la cual se adelanta la investigación, persona de quien la demanda ni siquiera afirma y menos prueba, que recibió el Congresista remuneración alguna por servicios.

De otra parte, la disposición en estudio no establece como elemento de pérdida de investidura la incidencia mediata o indirecta por lo cual no hay lugar a estudios

adicionales sobre el particular y debe concluirse que en el caso propuesto no se da el elemento en estudio por lo que no se conforma el conflicto en mención.

Por último, al analizar la situación en concreto se deduce que la misma no constituye razón para que el Congresista se apartara del negocio porque, como ya se estableció, no está incurso en la señalada porque el partido liberal no puede considerarse como gremio o persona de derecho privado de las previstas en la ley.

Así las cosas, se concluye que no hay violación del régimen de conflicto de intereses planteado en el libelo y por ello el cargo debe recibir despacho desfavorable.

El segundo cargo que se plantea es la violación del régimen de inhabilidades a que se refiere el numeral 1 del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992 porque el congresista acusado no se declaró impedido dentro de las diligencias preliminares adelantadas en la investigación de la conducta del señor Presidente de la República, no obstante estar incurso en las causales 2ª y 4ª del artículo 103 del C. de P.C. por cuanto “no se puede negar que el señor Presidente de la República, es acreedor de los votos que le aportó (26.074 votos) en la circunscripción electoral de Córdoba de las elecciones del 13 de marzo de 1994” y “el mismo demandado reconocerá que fue defensor de la campaña política del doctor Ernesto Samper Pizano” (fl. 2).

El artículo 296-1 de la Ley 5ª de 1992 es del siguiente tenor:

“Artículo 296. Causales. La pérdida de investidura se produce:

1. Por violación del régimen de inhabilidades.”

De la anterior transcripción se deduce que en el aspecto discutido, la norma repite el texto del artículo 183 de la C.N., ya transcrito.

En consecuencia, lo procedente es determinar si el régimen de inhabilidades ha sido infringido por las razones señaladas en la demanda y que antes se sintetizaron.

Sea lo primero precisar que las circunstancias fácticas que ahora se alegan como causal de pérdida de investidura fueron puestas de presente por el ahora actor al Congresista investigador quien se pronunció en el sentido de rechazar la solicitud de declararse impedido por no ser procedente y señalar que no se configuraba ninguna de las causales aducidas como fundamento para su separación del conocimiento del asunto y ordenó enviar las diligencias a la plenaria de la Comisión para lo de su cargo.

Ahora bien, según la información allegada al proceso (fl. 48), la Comisión en sesión plenaria del 18 de octubre de 1994, se pronunció en el sentido de acoger los planteamientos del congresista al rechazar la solicitud, decisión que la Sala no puede revisar dentro del presente proceso por no ser de su competencia.

## **SALA PLENA**

Conforme a lo anterior ninguna irregularidad se produjo en la conducta del Congresista.

Desde otro punto de vista, si se consideran las causales en sí mismas, para los efectos del presente proceso, se observa que a más de lo expuesto al analizar el cargo anterior, la primera de las causales invocadas en la demanda, esto es, que el juez sea acreedor o deudor de alguna de las partes, no se configura por razón de los votos depositados en favor del entonces candidato a la Presidencia de la República, en la circunscripción electoral de Córdoba, porque tal circunstancia, no es de aquellas a las cuales se refiere la disposición.

En cuanto a la calidad de defensor que establece la norma, debe precisarse que la misma hace concreta relación a la asistencia jurídica en las etapas de instrucción o de juzgamiento dentro del procedimiento penal o de apoderado en los procedimientos que exijan la presencia de un abogado en representación del interesado lo que no aparece probado en el caso de autos, y en ningún caso a la defensa desde el punto de vista general.

Conforme a lo explicado no puede afirmarse que por el aspecto en estudio haya violación del régimen de inhabilidades como lo pretende la demanda y, por lo mismo, debe concluirse que el cargo debe despacharse desfavorablemente.

De todo lo anterior se deduce que las peticiones de la demanda deben ser denegadas, no siendo del caso tener en cuenta las pruebas allegadas o solicitadas por fuera de la oportunidad legal.

Por último, en relación con la manifestación del Ministerio Público y de la parte demandada en el sentido de que se ordene investigar la conducta del actor, la Sala debe observar que por estimar que no se dan los supuestos establecidos en el artículo 13 de la Ley 144 de 1994, no hay lugar a proveer sobre el particular.

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

### **FALLA:**

DENIEGASE la pérdida de investidura del doctor Heyne Sorge Mogollón Montoya como Representante a la Cámara, solicitada por el doctor Jorge Eliécer Peñuela García.

Ejecutoriada la presente sentencia comuníquese a la mesa directiva de la honorable Cámara de Representantes, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio de Gobierno, hoy del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día veintitrés (23) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Miren de la Lombana de M., Daniel Suárez Hernández, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, Vicepresidente; Julio E. Correa Restrepo, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Manuel S. Urueta Ayola, Carlos Betancur Jaramillo, Guillermo Chahín Lizcano, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Alvaró Lecompte Luna, Amado Gutiérrez Velásquez, Juan de Dios Montes Hernández, Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Libardo Rodríguez R., Rodrigo Ramírez González, Consuelo Sarria Olcos, Jesús María Carrillo B., Mario Alario Méndez, María Eugenia Samper R.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial de la sentencia del 23 de febrero de 1994; Expediente N° AC-1386, Actor: Jaime Rafael Pedraza; Consejero Ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, sobre la improcedencia de asimilar los partidos o movimientos políticos a personas jurídicas de derecho privado.

**ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Improcedencia / DEROGACION - Efectos / CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia / ACTO DEROGADO VIGENCIA DE LA NORMA ACUSADA**

La jurisprudencia acogida por la Sala Plena en fallo calendado el 14 de enero de 1991, según el cual es necesario que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la legalidad de los actos administrativos de contenido general que se administrativos de contenido general que se impugnan en el ejercicio de la acción de nulidad, así hayan sido derogados.

Difiere del criterio que se tuvo en cuenta en la sentencia de 24 de febrero de 1995, de la sección primera, pues en ella el hecho de la derogatoria surgió en vida del correspondiente proceso de nulidad dando lugar a la pérdida de vigencia de las normas demandadas, pero que respecto a su legalidad mereció pronunciamiento de fondo por virtud de las causas de nulidad alegadas en la demanda. En ésta por el contrario no hubo pronunciamiento de fondo puesto que por fundarse la pretensión de nulidad en la derogatoria de la norma se consideró, siguiéndose la orientación jurisprudencial de la corporación, la imposibilidad de ser analizado por esta jurisdicción el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente, por cuanto éste no genera la nulidad del acto sino simplemente su derogatoria. La nulidad en este caso como concluye la sentencia suplicada, solo puede descansar en las normas legales en que debería fundarse el acto o sea, vigente al momento de su expedición.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero ocho (8) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*.

Referencia: Expediente número S-475.

Recurso Extraordinario de Súplica.

Actor: Asociación de Técnicos Electricistas de Santander "Ates" y otros.

Se encuentra este expediente en esta Corporación, para ser resuelto el Recurso Extraordinario de Súplica interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia dictada por la Sección Primera del Consejo de Estado el 24 de febrero de 1995.

## ANTECEDENTES

### 1. La demanda y sus fundamentos

La Asociación de Técnicos Electricistas de Santander “Ates”, Asociación Sindical de primer grado y de gremio, legalmente reconocida, quien actúa a través de su representante legal Hernando Orduz Patarroyo y los señores Jesús Antonio Cacua Portilla y Javier Alejandro Acevedo Guerrero, quienes actúan a nombre propio, ejercitaron ante la Sección Primera de esta Corporación, la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra la Nación colombiana – Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Ministro del ramo, para que en sentencia se declarara la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 1186 de 1970 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, mediante la cual se adoptó la clasificación nacional de ocupaciones.

Como fundamento de lo pedido señalan que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social mediante Resolución 1186 de 1970, adoptó la clasificación nacional de ocupaciones, en la que se incluye al técnico electricista así: 0-34 y 0-34.05. pág. 95 y 96 C.N.O., y lo define como aquella persona que realiza tareas de carácter técnico, para ayudar al proyecto, al perfeccionamiento, construcción, instalación, mantenimiento y reparación de instalaciones y equipo eléctrico y electrónico, bajo la dirección y vigilancia del ingeniero electricista.

El 24 de enero de 1990, entró a regir la Ley 19, que reglamenta la profesión del técnico electricista en todo el territorio nacional y en el artículo 1º define al profesional técnico electricista, como “la persona que se ocupa en el estudio y las aplicaciones de la electricidad y ejerce a nivel medio o como auxiliar de los ingenieros electricistas o similares”. Mediante el Decreto 991 de 1991 el ejecutivo reglamentó dicha ley.

Las electrificadoras del país haciendo una interpretación restrictiva de la ley, han restringido el ejercicio de la profesión de técnico electricista, negándole la posibilidad de realizar proyectos o estudios a nivel medio, fundándose en la preceptiva 0-34 y 034.05 de la clasificación nacional de ocupaciones, adoptada mediante la Resolución 1186 de 1970 proferida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

La clasificación nacional de ocupaciones recogió las recomendaciones de la O.I.T., contenidas en la clasificación internacional uniforme de ocupaciones del año 1958, a pesar de que ya había sido revisada y actualizada en 1968. Allí se subordina en su totalidad, el técnico electricista como un simple ayudante o auxiliar del ingeniero.

El Ministerio de Minas y Energía, en memorando concepto número 027385 de febrero 10 de 1993 de la División de Energía Eléctrica, transcrito en oficio número 53028028 del 17 del mismo mes y año, de la Jefatura de la División Legal de Energía Eléctrica, ratificado en la Resolución 31626 de septiembre de 1993 emanada del Ministerio de Minas y Energía, adoptó ese criterio.

El artículo 13 de la Ley 19 de 1990, expresamente derogó las disposiciones que le sean contrarias, lo que indica que la clasificación nacional de ocupaciones adoptada mediante la resolución impugnada, en lo referente a la definición, funciones y actividad del profesional técnico electricista, está derogada y sin embargo se sigue aplicando.

## **2. La sentencia recurrida en súplica**

La Sección Primera de esta Corporación mediante sentencia de febrero 24 de 1995, para “inhibirse de proferir pronunciamiento de fondo”, expresó: “Como lo advirtió la Sala esta jurisdicción no está instituida ni autorizada para declarar la nulidad de un acto administrativo cuando en virtud de normas posteriores a su expedición se hace una regulación diferente a la contenida en él, que conduce a su derogatoria.

En diversos pronunciamientos ha precisado la Sala que no puede entrar a analizar el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente, que genera la derogatoria del acto mas no su nulidad, ya que ésta solo puede descansar, para el caso, según lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., en las normas legales en que deberían fundarse, vale decir, vigentes al momento de su expedición”.

## **3. Fundamentos del Recurso Extraordinario de Súplica**

Estiman los recurrentes que la sentencia suplicada contraría la jurisprudencia contenida en la sentencia de Sala Plena de enero 14 de 1991, que en el capítulo titulado “*SUSTRACCION DE MATERIA*”, dice:

Antes de entrar a considerar el fondo de la litis, considera la Sala necesario estudiar el punto de la eventual sustracción de materia que pudiese haber ocurrido en el caso *sub judice*, pues es claro que mediante la expedición de la Ley 51 de 1989 se derogó la creación y funcionamiento de la Comisión de Precios del Petróleo y Gas Natural, y se otorgaron a la Comisión de Energía algunas de las funciones que tal entidad hasta esa fecha ejercía, dentro de las cuales estaban aquellas desarrolladas por la norma impugnada.

Así, a partir de la vigencia de la mencionada Ley 51, todo lo atinente a la fijación de volúmenes de petróleo crudo necesarios para la refinación interna pasó a ser competencia de la Comisión Nacional de Energía, con los parámetros y criterios generales que tal ley establece, haciendo inocuos por su derogatoria, aquellos contenidos en los artículos 1° y 2° del Decreto 196 de 1986.

Observa la Sala que la posición de esta Corporación en lo referente a la sustracción de materia no ha sido del todo constante, pues en diversas oportunidades se ha pronunciado en forma diferente sobre la materia. Así, ha dicho que, en tratándose de acciones de nulidad, cuyo propósito “no es otro que el de mantener la legalidad afectada por el ordenamiento enjuiciado, el fallo de fondo es inoperante y superfluo en aquellos casos en que la misma administración haya revocado o sustituido en su integridad la decisión en litigio, ya que el orden jurídico ha quedado restablecido en virtud de la segunda providencia. El pronunciamiento jurisdiccional en este evento, carecería de objeto”. (Sentencia de julio 11 de 1962, Expediente 929, Sala de lo Contencioso Administrativo).

La posición anterior ha sido reiterada en varias oportunidades, dentro de las cuales se destacan los pronunciamientos de 14 de febrero de 1979 (Expediente 994), 18 de julio de 1975, marzo 13 de 1979 (Expediente 518), 12 de julio de 1988 (Expediente 387- 10861), octubre 12 de 1989 (Expediente 522) y 24 de noviembre de 1989 (Expediente 1062).

Sin embargo en algunas ocasiones la posición de la Corporación se ha distanciado de la postura mencionada, afirmando que:

“Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (*sic*) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado” (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, Expediente 9524).

Tesis que, al igual que la primera, ha sido sostenida en ciertas oportunidades (Sentencias de 9 de julio de 1987, Expediente E-102, 11 de octubre de 1968) y en el cual subyace la preocupación por la burla a la ley que pudiese resultar de la estricta interpretación de la primera de las posiciones planteadas, ya que de hecho se sustraerían del control jurisdiccional aquellas disposiciones derogadas por la administración al momento en que se fuera a decidir su legalidad.

Estima la Sala que, ante la confusión generada por las dos tesis expuestas, lo procedente será inclinarse por la segunda de ellas, pues no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal. Pues, contrario a lo que se había afirmado, opina la Sala que al derogatoria de una norma no restablece *per se* el orden jurídico supuestamente vulnerado, sino apenas acaba con la vigencia de la norma en cuestión. Porque resulta que un acto administrativo, aun si ha

sido derogado, sigue amparado por el principio de la legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente; de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho. Ello, además se ve confirmado por los efectos que se suceden en cada evento. La derogatoria surte efecto hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado; la anulación lo hace *ab initio*, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad.

Y por ello mismo es necesario el pronunciamiento sobre actos administrativos de carácter general, impugnados en ejercicio de la acción pública de nulidad, pues su derogatoria expresa o tácita no impide la proyección en el tiempo y el espacio de los efectos que haya generado, ni de la presunción de legalidad que las cubre, la cual se extiende también a los actos de contenido particular que hayan sido expedidos en desarrollo de ella y durante su vigencia. De lo contrario, el juzgamiento de tales actos particulares por la jurisdicción contenciosa resultaría imposible, pues tendría que hacerse, entre otros, a la luz de una norma, la disposición derogada, cuya legalidad no podría controvertirse por el hecho de no tener vigencia en el tiempo.

Así, las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de una norma ilegal, seguramente serán también ilegales, independientemente de la vigencia de ésta última, o, *a contrario sensu*, serán legales si ella lo es también. Pero, como en uno u otro evento ambas están amparadas por la presunción de legalidad, la cual no podría ser controvertida en el evento de una norma derogada, el resultado de lo anterior será necesariamente el de imposibilitar el juzgamiento objetivo del acto particular de que se trate.

Por ello la Sala opina que, aun a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectado por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia.

Por las razones expresadas, y aun a pesar de que se considere que los artículos 1º y 2º del Decreto 196 de 1986 hubiesen sido derogados por la Ley 51 de 1989, esta Corporación estudiará sobre la legalidad o ilegalidad de las normas acusa-

das, entendiéndose que si prospera esta última posibilidad, la eventual nulidad decretada lo sería por el término durante el cual las disposiciones anuladas estuvieren vigentes.

Con base en lo anterior, los accionantes al interponer el recurso manifestaron:

4. En este orden de ideas, tenemos que la Resolución 1186-70, es un acto administrativo revestido de la presunción de legalidad, que no ha sido suspendido ni anulado por el Consejo de Estado, razón por la cual se hace necesario que esa honorable Corporación se pronuncie sobre su legalidad, más si se considera que rigió en tratándose de Técnicos Electricistas, entre 1970 y 1990 y que a pesar de que la Ley 19/90 reglamentó todas las materias relacionadas con la Profesión de Técnicos Electricistas, es la fecha en que el Ministerio no ha reformado dicha resolución y otras autoridades la toman como válida para subordinar el profesional Técnico Electricista al Ingeniero Electricista y para estatuir prohibiciones no contenidas en la Ley 19/90, como lo es que los Técnicos puedan presentar sus propios diseños, a sabiendas que la resolución demandada fue reemplazada por la CIUO-88, en donde desaparece la subordinación y que, al igual que la Ley 19, eleva a la categoría de profesional del nivel medio, a los Técnicos Electricistas, y los consideran como profesionales autónomos e independientes, es decir, no sujetos a la dirección y responsabilidad de los Ingenieros, y debidamente facultados para hacer los diseños de las obras eléctricas que a nivel medio ejecutan.

En otras palabras, el acto válidamente expedido llega a estar en contradicción con normas superiores dictadas con posterioridad, por lo que con la sentencia citada se exige el pronunciamiento por "...necesidades de certidumbre jurídica". (Derecho Procesal Administrativo. Tercera Edición. Carlos Betancur Jaramillo. Pág. 180), para así hacer cesar las violaciones que a la ley y la Constitución Nacional se vienen haciendo fundados en el acto demandado. (*sic*).

Proceder en sentido contrario es desconocer fallos jurisdiccionales que indican que solo el legislador puede reglamentar las profesiones y permitir que mediante actos administrativos se establezcan restricciones al Derecho al Trabajo no contempladas en la norma legal que reglamenta la profesión.

### CONSIDERACIONES

Del examen que hace la Sala del contenido del recurso, observa que el apoderado de la parte actora se limita a citar la jurisprudencia presuntamente contrariada, sin explicar los aspectos en torno a los cuales gira esa contrariedad, o en qué sentido la sentencia suplicada desconoce el criterio allí plasmado.

Sin embargo, procede a la confrontación correspondiente para determinar si efectivamente con la jurisprudencia citada por el recurrente, se da esa situación de choque.

Encuentra al respecto que si bien en la jurisprudencia acogida por la Sala Plena en fallo calendarado el 14 de enero de 1991, según la cual, es necesario que el Consejo de Estado se pronuncie sobre la legalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnan en ejercicio de la acción de nulidad, así haya sido derogados y estimarse en el mismo que solo mediante tal pronunciamiento se logra el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad, esta jurisprudencia que se cita como transgredida, se refiere a normas (arts. 1º, 3º y 4º de la Ley 196 de 1986) que estaban vigentes al momento de ser demandadas en proceso de nulidad, y que en desarrollo de éste sobrevino el fenómeno del decaimiento respecto a ellas en razón de haberse expedido la Ley 51 de 1989 en virtud de la cual, se consideraron derogados los artículos 1º y 2º de la Ley 196 precitada y que pese a ello, la Sala estudió sobre su legalidad o ilegalidad y alejándose del concepto de sustracción de materia, profirió decisión resolviendo las pretensiones de la demanda de nulidad.

En cambio, la jurisprudencia sentada en el fallo suplicado se refiere a una norma – la Resolución número 1186 de 1970 – que antes de ejercerse la acción de nulidad había sido derogada en lo atinente a los Técnicos Electricistas, al expedirse la Ley 19 del 24 de enero de 1990 que reguló dicha profesión y cuya demanda basa su ilegalidad en esa derogatoria “por cuanto, el contenido mismo, es contrario a una norma jurídica superior”.

De lo anterior se deduce que el criterio sobre el punto de derecho aplicado en la jurisprudencia que se dice quebrantada, difiere del que se tuvo en cuenta en la sentencia recurrida, pues en aquella el hecho de la derogatoria surgió en vida del correspondiente proceso de nulidad dando lugar a la pérdida de vigencia de las normas demandadas, pero que respecto a su legalidad mereció pronunciamiento de fondo por virtud de las causas de nulidad alegadas en la demanda. En ésta, por el contrario, no hubo pronunciamiento de fondo puesto que por fundarse la pretensión de nulidad en la derogatoria de la norma se consideró, siguiéndose la orientación jurisprudencial de la Corporación, la imposibilidad de ser analizado por esta jurisdicción el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente, por cuanto éste no genera la nulidad del acto sino simplemente su derogatoria. La nulidad en este caso como concluye la sentencia suplicada, solo puede descansar en las normas legales en que debería fundarse el acto o sea, vigente al momento de su expedición.

Son en síntesis dos criterios jurisprudenciales distintos en su sentido y alcance, que no se contraponen y que para su aplicación en uno u otro caso, se deberá partir de la vigencia o no la de la norma acusada.

Lo anterior es antecedente de que el recurso de súplica interpuesto no está llamado a prosperar, por lo cual el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**FALLA**

No prospera el Recurso Extraordinario de Súplica, materia de este proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Esta providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en sesión del día treinta (30) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Luis Eduardo Jaramillo Mejía, Daniel Suárez Hernández, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, Vicepresidente; Carlos Betancur Jaramillo, Salvó voto, Guillermo Chaín Lizcano, Salvó el voto, Julio Enrique Correa Restrepo, Jesús María Carrillo Ballesteros, Clara Forero de Castro, Delio Gómez Leyva, Amado Gutiérrez Velásquez, Miren De la Lombana de Magyaroff, Mario Alario Méndez, Salvó voto; Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes Hernández, Salvó voto; Carlos Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Consuelo Sarria Olcos, María Eugenia Samper Rodríguez,*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria General.*

**ACTO ADMINISTRATIVO - Impugnación / ACTO ACUSADO - Vigencia / SUSTRACION DE MATERIA / CONVALIDACIÓN DEL ACTO / ACTO GENERAL - Vigencia / ACTO PARTICULAR - Vigencia / SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos. (Salvamento de voto)**

No puede olvidarse que cuando se trata de la impugnación de un acto administrativo por violación del Orden Jurídico Superior (confrontación entre el acto acusado y el ordenamiento jurídico) debe partirse del supuesto de la vigencia de ambos extremos, porque, de lo contrario, se da, o bien la sustracción de materia cuando el acto impugnado desaparece de la vida jurídica antes de la decisión jurisdiccional de su legalidad; o bien la convalidación, por cambio ya no del acto inicialmente infractor del ordenamiento, sino del ordenamiento que regía cuando se expidió el acto. La sustracción de materia, fenómeno que puede darse dentro del proceso administrativo, presenta diferente tratamiento según la índole del acto impugnado, pues una es la solución cuando se pide la nulidad del acto de contenido general, y otra cuando de contenido particular.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Carlos Betancur Jaramillo  
Juan de Dios Montes Hernández.

Referencia: Expediente número S-475

Actor: Asociación de Técnicos Electricistas de Santander.

Ponente: *Luis Eduardo Jaramillo Mejía.*

Los suscritos, Carlos Betancur Jaramillo y Juan de Dios Montes Hernández con todo respeto nos separamos de la decisión mayoritaria, en lo que hace referencia a la motivación de la sentencia de febrero 8 del presente año. Para ese efecto anotamos:

No puede olvidarse que cuando se trata de la impugnación de un acto administrativo por violación del Orden Jurídico Superior (confrontación entre el acto

acusado y el ordenamiento jurídico) debe partirse del supuesto de la vigencia de ambos extremos. Porque, de lo contrario, se da, o bien la sustracción de materia cuando el acto impugnado desaparece de la vía jurídica antes de la decisión jurisdiccional de su legalidad; o bien la convalidación, por cambio ya no del acto inicialmente infractor del ordenamiento, sino del ordenamiento que regía cuando se expidió el acto.

La sustracción de materia, fenómeno que puede darse dentro del proceso administrativo, presenta diferente tratamiento según la índole del acto impugnado, pues una es la solución cuando se pide la nulidad del acto de contenido general, y otra cuando de contenido particular.

En este orden de ideas, se precisa:

El acto de contenido general no solo deberá estar vigente al momento de admitirse la demanda impugnación formulada contra el mismo, sino también al momento de dictarse la sentencia.

Porque si el acto a la fecha de la admisión ya fue derogado, deberá inadmitirse la demanda puesto que su derogatoria ya restableció el orden jurídico abstracto; motivo primordial que se busca con la acción de simple nulidad. Si la derogatoria se produce durante el trámite del proceso, en la sentencia deberá declararse la sustracción de materia, porque ese efecto restablecedor general ya se logró.

Si bien es cierto ese acto general derogado pudo producir efectos mientras estuvo vigente, los actos de contenido particular expedidos en su desarrollo pudieron demandarse en su oportunidad alegando la ilegalidad de aquél; y si tal conducta no se asumió y caducaron las acciones correspondientes, ni la nulidad posterior del acto general ni su derogatoria tiene la virtualidad, *per se*, de hacerlos desaparecer del ordenamiento. Los actos particulares no impugnados se vuelven irrevisables jurisdiccionalmente.

Si el acto, en cambio, es particular, podrá pedirse su nulidad aunque haya sido revocado, bien antes de la demanda o durante el proceso. En tales eventos ese pronunciamiento, que se busca ordinariamente en una acción de nulidad y restablecimiento, deberá precisar que el acto, mientras estuvo vigente, produjo perjuicios, o, en otras palabras, que mientras estuvo vigente era nulo y lesionó los derechos del administrado.

Con todo respeto,

*Carlos Betancur Jaramillo, Juan de Dios Montes Hernández.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero doce (12) de mil novecientos noventa y seis (1996)

## SALA PLENA

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Luis Eduardo Jaramillo Mejía*.

Referencia: Expediente S-475

Demandantes: Asociación de Técnicos Electricistas de Santander (ATES), Jesús Antonio Cacia Portilla y Javier Alejandro Acevedo Guerrero.

Recurso Extraordinario de Súplica.

### SALVAMENTO DE VOTO

La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante providencia de 24 de febrero de 1995, decidió inhibirse para decidir sobre el fondo del asunto. Para decidirlo así, hizo las siguientes consideraciones:

“...esta jurisdicción no está instituida ni autorizada para declarar la nulidad de un acto administrativo cuando en virtud de normas posteriores a su expedición se hace una regulación diferente a la contenida en él, que conduce a su derogatoria.

En diversos pronunciamientos ha precisado la Sala que no puede entrar a analizar el fenómeno de la ilegalidad sobreviniente, que genera la derogatoria del acto mas no su nulidad, ya que ésta sólo puede descansar, para el caso, según lo prescribe el artículo 84 del C.C.A., en las normas legales en que deberían fundarse, vale decir, vigentes al momento de su expedición.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a un pronunciamiento inhibitorio, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

Contra esa providencia fue interpuesto el recurso Extraordinario de Súplica. Citó el recurrente como contrariada la jurisprudencia que contiene la sentencia de 14 de enero de 1991 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo (Expediente S-157), en uno de cuyos apartes se lee:

“...la Sala opina que, aun a pesar de haber sido ellos derogados, es necesario que esta corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnen en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso, popular de anulación, cual es el imperio del Orden Jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo”.

La contrariedad es clara: en tanto que según la sentencia de 14 de enero de 1991 debe haber pronunciamiento de fondo sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general impugnados en ejercicio de la acción de nulidad, aun cuando éstos hubieran sido derogados, la providencia de 24 de febrero de 1995, tras advertir la derogación del acto impugnado, decidió inhibirse para decidir el asunto.

Sin embargo, la providencia de que me separo estimó que esa contrariedad no se daba porque, dijo, la sentencia de 14 de enero de 1991 se refiere a actos vigentes al momento de ser demandados en ejercicio de la acción de nulidad y cuya derogación sobrevino estando el proceso en curso, en tanto que la providencia de 24 de febrero de 1995 se refiere a un acto que había sido derogado antes de ser ejercida la acción de nulidad.

Pero el recurso de súplica procede, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. Y la jurisprudencia sentada en la referida sentencia de 14 de enero de 1991 es la de que debe haber pronunciamiento de fondo sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general impugnados en ejercicio de la acción de nulidad, aun cuando éstos hubieran sido derogados, sin distingos.

Es por ello mi opinión que el recurso interpuesto era procedente, porque la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante su providencia de 24 de febrero de 1995, contrarió la jurisprudencia contenida en la sentencia de 14 de enero de 1991 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Esa jurisprudencia debió ser reiterada, para revocar la providencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, porque es verdad, como se lee en esta última que en ejercicio de la acción de nulidad y cuya derogación sobrevino estando el proceso en curso, en tanto que la providencia de 24 de febrero de 1995 se refiere a un acto que había sido derogado antes de ser ejercida la acción de nulidad.

Pero el recurso de súplica procede, según lo dispuesto en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo, cuando sin la aprobación de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la corporación. Y la jurisprudencia sentada en la referida sentencia de 14 de enero de 1991 es la de que debe haber pronunciamiento de fondo sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general impugnados en ejercicio de la acción de nulidad, aun cuando éstos hubieran sido derogados, sin distingos.

Es por ello mi opinión que el recurso interpuesto era procedente, porque la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante su providencia de 24 de febrero de 1995, contrarió la jurisprudencia contenida en la sentencia de 14 de enero de 1991 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

## SALA PLENA

Esa Jurisprudencia debió ser reiterada, para revocar la providencia impugnada y, en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda, porque es verdad, como se lee en esta última, que la expedición de normas legales incompatibles con actos administrativos anteriores, no genera la nulidad de éstos, sino su derogación, pues esa nulidad sólo puede descansar, para el caso, en las normas legales a que debe sujeción, vale decir, vigentes al momento de la expedición del acto de que se trate, según lo establecido en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, razones que debieron llevar también a la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo a denegar las pretensiones de la demanda, mas no a inhibirse para decidir sobre el fondo.

*Mario Alario Méndez.*

**RELATORIA:** La aclaración de voto del doctor Mario Alario Méndez, se refiere a su criterio, según el cual la normatividad referente al recurso extraordinario de súplica permite deducir que cuando alude la jurisprudencia del Consejo de Estado comprende también la jurisprudencia de las secciones y que si la sentencia suplicada no es contraria a jurisprudencia de la corporación debe rechazarse el recurso pero no declarar que no prospera.

**CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza / TRAMITE DE LA LEY / INTERES DIRECTO / HOLGUIN SARRIA**

Para asegurar la transparencia en la expedición de las leyes, y que su proceso de formación y contenido no se perturbe por el interés o intereses de los congresistas que participan en su adopción, se ha consagrado en los textos constitucionales el que éstos pongan en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el proceso de estudio y aprobación de una determinada ley. Ese interés directo debe estar presente al momento de la decisión para poder examinar si hay conflicto de intereses entre los dos extremos, la situación particular del congresista y el contenido de la norma materia de aprobación, y para su calificación o determinación no importan los resultados o posteriores desarrollos de la iniciativa en el trámite legislativo. Estas restricciones no quebrantan la libertad de oposición y de voto de los congresistas, ni el ejercicio de su función fundamental, cual es la de participar en el proceso de elaboración de las leyes, pues, como con tanto acierto se ha dicho, la institución de la pérdida de investidura tiene como propósito “la moralización y legitimación de la institución política de representación popular”.

**CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia / INVESTIGACION PENAL - naturaleza / ENRIQUECIMIENTO Ilicito**

Para la Sala no se configuró el conflicto de intereses atribuido al senador porque al momento en que votó el artículo nuevo no tenía conocimiento de que se le adelantaba averiguación preliminar por presunto enriquecimiento ilícito. Con extensión de su duración a dos meses cuando existe imputado conocido, quedó reglamentada la institución de la investigación previa en el Decreto 2700 de 1991, concordado con la Ley 81 de 1993, con observancia de la reserva de las diligencias. “Pero el defensor del imputado que rinde versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias...”, prescribe el artículo 321 de esa codificación. Por consiguiente, sólo después que el sindicado ha rendido versión prelimi-

nar puede, al igual que su defensor, enterarse de lo que se investiga. En el caso a examen se tiene que no obra prueba de que al senador se le hubiera recibido antes del 13 de diciembre de 1995 versión preliminar en la investigación previa que se le abrió por auto de 26 de mayo de 1995, ni otra prueba que acredite inequívocamente que conocía de esa investigación por enriquecimiento ilícito por ende, procesalmente desconocía su finalidad y el contenido del acervo allí recaudado hasta esa fecha. Por informaciones obtenidas en otras fuentes –distintas de las jurisdiccionales– pudo enterarse que era objeto de investigación y confirió el poder a que alude el Oficio número 397 de 8 de febrero de 1996 de la honorable Corte Suprema. Para la fecha de ese escrito no existía investigación o indagación previa contra el citado senador –por informaciones de prensa se enteró de que sería objeto de diligenciamiento de esa naturaleza–. Tampoco podía saber por qué se lo investigaría, más precisamente, no sabía que lo sería por el punible de enriquecimiento ilícito de particular.

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

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Amado Gutiérrez Velásquez.*

Referencia: Expediente: AC-3302.

Actor: *Emilio Sánchez Alsina.*

Se procede a decidir la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del Senador Armando Holguín Sarria, presentada por el ciudadano Emilio Sánchez Alsina en ejercicio de la facultad conferida por el artículo 184 de la Constitución Nacional, con base en ponencia elaborada por el consejero que sigue en orden alfabético a quien correspondió en reparto este proceso, cuyo proyecto de fallo no fue acogido por la mayoría de la Sala.

### 1°. La solicitud

El señor Emilio Sánchez Alsina, obrando en su propio nombre, solicita decretar la pérdida de la investidura de congresista del Senador Armando Holguín Sarria, por presunta violación del artículo 183 de la Constitución Política y de la Ley 5ª de 1992.

Su solicitud la fundamenta en los siguientes hechos:

“1°. Previa inscripción de su candidatura el ciudadano en referencia, fue (sic) elegido como senador, reconocido como tal por el **honorable Consejo Nacional Electoral**, para el período constitucional de 1994 a 1998, según (sic) desprende de la certificación adjunta a la presente demanda expedida por dicha entidad pública”.

“2°. El precitado senador inició su período como tal y hasta la fecha de esta demanda ostenta (sic) el cargo en el que fue elegido como servidor público ante el Senado de la República”.

“3°. El artículo 182 de la Constitución Nacional ordena que ‘Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara situaciones de carácter moral o económico que los inhabitan para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración’ ”.

“4°. El artículo 181 de la Constitución Nacional y el artículo 284 de la Ley 5ª de 1992 señalan que las incompatibilidades de los congresistas tendrán vigencia durante el período constitucional respectivo”.

“5°. El artículo 183 numeral 1° de la Constitución Nacional y el artículo 296-3 de la Ley 5ª de 1992, señalan que los congresistas perderán su investidura por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de interés”.

“6°. Las ‘incompatibilidades’ establecidas en el artículo 183 de la Ley Fundamental constituyen motivo para que los ‘Congresistas’ pierdan su investidura como así lo determina el numeral 1° del citado Artículo (sic) que dice: **Los congresistas perderán su investidura: ‘por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o el régimen de conflicto de intereses’**”.

“7°. La ‘Pérdida de Investidura’ según lo dispone el artículo 184 de la Constitución Nacional ‘será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en el término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de solicitud formulada por la mesa directiva de la Cámara correspondiente o por cualesquier (sic) ciudadano’ ”.

“8°. El precitado congresista ha violado el régimen de **conflicto de intereses** por las siguientes circunstancias:

a) El pasado 13 de diciembre del año 1995 el senador en referencia, asistió y contestó el llamado a lista en la plenaria que para esta fecha se celebró por el **honorable Senado de la República;**

b) Luego de hacerse presente en la sesión plenaria el día 13 de diciembre de 1995, el senador promovió y votó un proyecto de ley sometido a su consideración que textualmente dice: “la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades”, excepto en los siguientes casos:

“1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas (sic) que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

“2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relaciones directa (sic) o tenga nexos con la parte resolutive de la misma.

“3°. En los casos de sentencia, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional.

“4°. En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito de cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta”. (Artículo 230 de la Constitución Nacional).

“c) Con dicho artículo presentado dentro del proyecto de ley que se sometió a estudio, consideración, discusión y votación en el Senado de la República, el senador demandado violó (sic) ‘el conflicto de intereses’ establecido por la Constitución Nacional, porque participó en un tema que le estaba vedado constitucionalmente según lo ha entendido la jurisprudencia así:

“...El conflicto de interés’ como causal de la **pérdida de investidura** consiste según las disposiciones citadas, en participar en el trámite de asuntos que le están vedados por razones éticas, cuando lo procedente era declararse **impedido**, por tener interés directo en la decisión...”.

“...Participar en el sentido lógico y gramatical de la expresión tiene una significación dinámica, activa que se traduce en la ejecución de actos, en el desarrollo de actividad. Rechaza por lo tanto el entendimiento de actividades omisivas o pasivas...”.

“...No es pues, según se deja explicado, la simple omisión de la actividad privada del congresista en el libro respectivo lo que estructura la causal de violación al **Régimen de Conflicto de Intereses**, sino su intervención en los debates y votaciones de leyes respecto de las cuales existan por parte de él, su cónyuge o compañero o compañera permanentes, sus parientes o socios de hecho o derecho, interés directo en su adaptación...”.

“d) Este artículo del proyecto de ley pretendía presumiblemente convertir el ‘enriquecimiento ilícito’ en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley, es decir, que en la práctica se estaría implicando la desaparición del ‘enriquecimiento ilícito’, ya que lo que se ha buscado con su tipificación en nuestro ordenamiento penal es sancionar ciertos comportamientos que por falta de pruebas no era posible castigar”.

“e) Con dicho artículo del proyecto de ley, el senador de la referencia, presuntamente buscó suspender proceso por enriquecimiento ilícito que entre otros adelanta

la **honorable Corte Suprema de Justicia**, contra el (sic) mismo, toda vez que lo que buscó fue obtener beneficios propios de índole penal.

“f) No obstante lo anterior y pese a que para la fecha 13 de diciembre de 1995 al parecer, al senador de la referencia, la **honorable Corte Suprema de Justicia**, le investigaba por delitos que eventualmente pudieran ser favorecidos con el proyecto de ley promovido y votado por el Senador Holguín Armando, no se declaró impedido cual era su obligación, legal, moral y ética.

“g) El artículo del proyecto de ley sometido a la consideración de la plenaria del Senado de la República y que dá (sic) origen a la presente demanda de ninguna manera se compadece, ni se relaciona con el proyecto de ley en el cual se quiso introducir el artículo mencionado en el numeral 8, ya que las figuras que allí se pretendieron incluir son materias completamente diferentes y que guardan unidad de tema con las allí tratadas ya que el proyecto sólo buscaba sancionar delitos menores siendo que inclusive algunos de éstos pasan a ser contravenciones especiales (hoy Ley 228 del 21 de diciembre de 1995).

Indica esta actitud no otra cosa diferente que obtener beneficios propios al legislar en su propio interés.

“h) El objetivo buscado con el artículo que se introdujo en el proyecto, fue algo habilidoso y sobrepticio (sic) toda vez que además no tiene ponente conocido, lo cual indica que no fué (sic) algo accidental o desprevenido sino con un interés específico (sic) claro e inequívocamente encaminado a beneficiar intereses propios.

“i) En consecuencia el Senador Holguín Armando está incurso en la incompatibilidad o prohibición señalada en el artículo 182 de la Constitución Política, también se señala en el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 sobre el reglamento del Congreso de la República, que se sanciona con la **pérdida de investidura**, que se solicita en la presente demanda”.

Solicitó el decreto de pruebas que relaciona.

Al dar cumplimiento a lo ordenado en auto de 24 de enero de 1996, en el cual se solicitó dar cumplimiento a lo dispuesto en el literal b) del artículo 4º de la Ley 144 de 1994 respecto de la certificación expedida por la Organización Electoral Nacional sobre la calidad de congresista del demandado, el actor solicitó decretar como prueba la recepción de testimonio al doctor Fernando Botero Zea sobre los hechos de la demanda, esencialmente para determinar si previo a la presentación del proyecto de ley de “Seguridad Ciudadana” (hoy Ley 228 de 21 de diciembre de 1995) “...existió acuerdo alguno, diálogo o convenio con el demandado –directa o indirectamente– sobre el objeto de introducir en el proyecto de ley, norma o artículo que buscara favorecer cuestiones de orden penal que eventualmente pudieran ser beneficiados con su aprobación y en el que pudiera verse involucrado el Senador Armando Holguín”.

## 2°. Contestación de la solicitud

Dentro del término legal, el Senador Armando Holguín Sarria dio contestación a la solicitud de pérdida de su investidura de congresista. Manifiesta allí que asistió a la sesión plenaria del trece (13) de diciembre de 1995, y que si bien no promovió, sí votó, conjuntamente con cincuenta y cinco (55) senadores, un artículo sometido a consideración del Senado, cuyo texto era el siguiente:

“La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas (sic) que declaren la inexequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

“Segundo. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga nexo con la parte resolutive de la misma.

“Tercero. En los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito de cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta”.

Agrega que en la discusión del anterior artículo sobresale la intervención del jurista y Senador antioqueño Mario Uribe Escobar, cuyos criterios al respecto deben ser considerados por la Corporación para establecer la claridad, seriedad y sentido patriótico con el que obró el Senado al aprobar el proyecto.

Expresa que la norma propuesta es traducción, a términos legislativos, de jurisprudencia en la que se aplica la Carta, pues la Constitución de 1991, sin llegar a establecer el sistema concertado –europeo–, ni el absolutamente difuso –americano– no le quita al juez la facultad de dejar de aplicar en un caso concreto la norma que considere inconstitucional, por lo que se piensa que era necesario crear **un elemento centralizador, orientador de la jurisprudencia, creador de una doctrina común**, que pudiera tomar como valor la cosa juzgada constitucional, lo que no permite otra discusión, mientras no se cambie la norma que generó la interpretación. Por ello el Congreso, cumpliendo su función legislativa, a través de uno de sus órganos, el Senado, quiso regular este tema, y establecer claros alcances para la adecuada interpretación del artículo 243 de la Carta. Por tanto, agregó, el artículo nuevo que se introdujo, pretendió establecer una cláusula general y tres excepciones, para convertir

la doctrina constitucional del fallo C-131 de 1993 de la Corte Constitucional en principio legal, advirtiendo que, aunque fue aprobado por el Senado, al ser negado en la Cámara no produjo efectos jurídicos, pues no es ley.

Manifiesta, de igual manera, que con la aprobación de la modificación introducida al proyecto no obtuvo ningún beneficio, pues, no puede haber procesado sin proceso, ni estar sindicado si no ha sido vinculado mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente. Arguye que el posible favorecimiento está apuntando a un hecho futuro, no cierto, hipotético, que no tiene por qué darse fatalmente, siendo posible que la investigación no se abra o que se produzca absolución; aún en el caso del indagado, afirma lo acompaña la presunción de inocencia, y mal se puede pretender que un senador se declare impedido cuando no está vinculado procesalmente, porque equivale a que renuncie a su presunción de inocencia y acepte una especie de confesión tácita de culpabilidad o de posible utilización del mecanismo aparentemente favorecedor.

Por último, al recalcar sobre el contenido del artículo 185 de la Constitución, solicita denegar las peticiones de la demanda y que se decreten las pruebas que solicita.

### **3º. Audiencia pública**

El martes 13 del mes en curso se realizó la audiencia pública para escuchar las alegaciones de las partes, interviniendo, en primer lugar, el actor; posteriormente el señor Agente del Ministerio Público, Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado y, por último, el Senador Armando Holguín Sarria y su apoderado, quienes, a excepción del solicitante y el apoderado del congresista, presentaron resúmenes escritos de sus intervenciones.

Se sintetizan así sus alegaciones, tomando la versión de quienes no presentaron por escrito su intervención, de la grabación correspondiente.

El actor expresó, en primer término, que como en otras actuaciones ante la Corporación la hacía en nombre propio, aunque en la actualidad se encontraba vinculado a la Fiscalía General de la Nación ocupando el cargo de Fiscal. Que el motivo determinante de su solicitud se debía a que antes de la Constitución de 1991, por decisiones propias, de alguna y otra manera, hizo oposición al Estado colombiano por las vías que, para entonces, consideró las más apropiadas, pero que, expedida aquella, a través de negociaciones celebradas con el Gobierno de la época, se llegó a un Acuerdo de Paz, el cual permitía enfrentar la crisis que siempre ha tenido el pueblo colombiano, negociación que facilitó llegar al proceso de la Constitución de 1991, donde nació la Constitución vigente, la que él hoy defiende, por ser producto de ese acuerdo, ordenamiento que, como antes, es violado particularmente por el Congreso de la República, pero que, por ser fruto de ese acuerdo, quiere hacer respetar.

## SALA PLENA

Al referirse a la solicitud presentada, expresó que se orientaba demostrar la violación del artículo 182 de la Constitución Nacional, en cuanto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades o violación de lo atinente a los conflictos de intereses: advirtió que era consciente de las dificultades de orden técnico para demostrar la relación del denominado “Narcomico” aprobado por el Senado de la República en el mes de diciembre de 1995 y los intereses particulares de cada demandado. Sin embargo, manifestó que a pesar de lo anterior, iba a efectuar un acercamiento al tema, que ojalá la Corporación tenga en cuenta, para lo cual empezó destacando que el Senador Holguín Sarria no era un congresista primíparo, sino de amplia trayectoria, curtido político, brillante abogado y al parecer brillante constitucionalista, concededor de los tejemanejes y los intrínquilis que se dan en el trámite legislativo.

Respecto a por qué las solicitudes de pérdida de la investidura de seis (6) senadores, expresó que las había presentado no por las declaraciones dadas por el señor Palomari en los Estados Unidos, ni por las hechas por el señor Santiago Medina o sor María, sino por tratarse de que los cincuenta y seis (56) senadores que votaron el proyecto de ley, los seis demandados, quizás queda uno o dos por fuera, al momento de votar estaban siendo investigadas por la honorable Corte Suprema de Justicia. Al referirse a las expresiones que utilizaba en la solicitud, como “presuntamente”, “al parecer” o “eventualmente”, advirtió que lo hacía para presentar sus argumentos de manera sencilla, pues él tenía derecho a no creer lo que sucede en el Congreso, pero que entre creer y no creer es mejor creer, razón por la cual utiliza ese lenguaje, pues no es él quien va a decidir.

En cuanto al artículo aprobado por el Senado que presuntamente da lugar al conflicto de intereses reseñó el proceso de presentación, análisis y aprobación del proyecto de ley al que fue agregado, para lo cual efectuó explicación de su contenido en las diversas Gacetas en que fue publicado hasta llegar a la correspondiente sesión del Senado de la República del trece (13) de diciembre de 1995, en la cual es aprobado, con la adición de un artículo que jamás se había discutido. Sobre esta circunstancia preguntó: ¿Qué objeto tenía introducir un artículo que no guarda ninguna relación con la materia tratada en el proyecto en trámite, siendo contrario a la unidad temática exigida en el artículo 163 –sic– de la Constitución?

Al analizar la situación jurídica del Senador Holguín Sarria aceptó lo afirmado por él al contestar la solicitud de pérdida de su investidura de congresista, de no estar vinculado a proceso penal por no haber sido llamado a indagatoria. Sin embargo, consideró que si la Corte Suprema de Justicia le ha recibido al Senador una versión preliminar, por esta razón ha debido declararse impedido, porque lo que exige el artículo 182 de la Carta, es que el congresista debe poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhabitan de participar en el asunto sometido a su consideración, lo cual no significa que tales situaciones deban ser puestas en conocimiento sólo cuando se está vinculado mediante indagatoria o versión preliminar, pues la citada norma constitucional lo que está previniendo

son situaciones de órdenes moral y ético y no de orden legal. En respaldo de su afirmación, cita al sacerdote jesuita Francisco Deroux, quien manifiesta sobre la moral y lo ético y las instituciones: “Las instituciones son importantes para la gente, pero los valores morales están al comando y los miembros de las instituciones van a tener que someterse a ese comando si quieren significar algo en Colombia”, opinión que considera está acorde con las cuestiones que se están tratando o dilucidar en el proceso. Porque, agrega, tratar de amparar la conducta cuestionada en el artículo 150 de la Carta que le asigna como función al Congreso la de hacer las leyes, es olvidar que existen otras disposiciones, y el espíritu y significado de la Constitución de 1991, que introdujo una serie de limitaciones para los congresistas, impedimentos de carácter moral y ético, para evitar el desenfreno o abuso que siempre ha tenido el Congreso.

Manifiesta, de igual manera, que el debido proceso se está utilizando para burlar cuestiones de orden ético y moral; por ello, solicita a la Corporación meditar sobre lo expresado por el profesor del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional, doctor Alejandro Reyes Posada, quien señala: “un proceso serio, sin embargo, no busca las pruebas en la conciencia que pueden no existir sino en la conducta cuyas huellas no se pueden borrar nunca del todo”. Finaliza su intervención manifestando que no tiene otro interés, que el de ejercer el derecho a exigir rectitud en el ejercicio de la función legislativa.

El Procurador Primero Delegado ante la Corporación, previo recuento del trámite de la norma materia de la controversia sobre conflicto de intereses, manifestó:

1. La demanda se funda básicamente en rumores, decires, presunciones, comentarios, etc., en especial al referirse a la situación personal del demandado. Que el pretexto del actor para ubicar al congresista acusado en el supuesto de la disposición legal – artículo 286 Ley 5ª de 1992–, por haber participado en la aprobación de un proyecto en el cual se incorporaba disposición reguladora de los efectos de la fuerza de cosa juzgada de las sentencias de constitucionalidad proferidas por la Corte Constitucional, parte de suposiciones, pues no existe prueba idónea que confirme que, el trece (13) de diciembre de 1995, el Senador Holguín Sarría era sujeto pasivo de acción penal adelantada ante la Corte Suprema de Justicia, con vinculación como autor o partícipe del delito de enriquecimiento ilícito, lo cual descarta la posibilidad de atribuir al demandado la comisión en esa fecha, de acto o conducta violatoria del conflicto de intereses.

2. Por tanto, el asunto debe ser tratado desde otro ángulo, vale decir, el interés directo del senador, que según la demanda se configuró por virtud del voto favorable que emitió el Senador Holguín, junto con 55 senadores, al proyecto que incluía el precepto relativo a los alcances o fuerza vinculante de la doctrina consignada en las sentencias de la honorable Corte Constitucional, cuando tal conducta de los congresistas constituyó una simple tentativa de traducir en norma positiva las precisiones efectuadas por la Corporación citada, respecto al tránsito a cosa juzgada de sus sentencias sobre constitucionalidad, como sucedió con la número C-131 del 1º de abril de 1993, en la que se resolvió sobre la constitucionalidad de los artículos 2º, numerales 2, 3, 4 y 5, y 23 del

## SALA PLENA

Decreto 2067 de 1991, oportunidad en la cual la Corte precisó que las sentencias en algunos de sus apartes poseen fuerza de cosa juzgada en forma explícita y otros en forma implícita; y respecto de estos últimos, que gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia. Por tanto, al confrontar el texto del artículo propuesto y aprobado con el análisis de la sentencia de la Corte, sin ningún esfuerzo se observa que, simplemente, se quisieron recoger en norma positiva los criterios sobre la fuerza vinculante de la cosa juzgada que ostentan algunas de las motivaciones y precisiones que formula la Corte Constitucional, por lo cual no puede afirmarse que se obró en contra de los intereses generales y en beneficio de intereses particulares, ajenos a los previstos en el artículo 133 de la Carta, como son los de obrar consultando la justicia y el bien común.

3. Si se aceptara, en gracia de discusión, que es pecaminoso para un congresista aprobar proyectos de ley donde de manera general, impersonal y abstracta se consagren o tomen doctrinas de las altas corporaciones de justicia, porque de pronto, presumiblemente, en tal forma resulta beneficiado en su interés particular, en tales eventos operaría la figura propia del derecho penal de la tentativa. Agrega, ¿será posible en caso como el que se analiza, en el cual el precepto se hundió en el seno de la Comisión de Conciliación, y como tal, no entró a ser norma definitiva, que en tales condiciones se configure el conflicto de intereses. Afirma que no, pues sería dar paso a criterios que conspiran contra la inviolabilidad de las opiniones de los parlamentarios que, salvo las restricciones legales y constitucionales, es fundamento necesario para la libre actividad de las corporaciones públicas. Señala, de igual manera, que los parlamentarios tienen derecho a que sus actuaciones se juzguen partiendo del principio de la buena fe, el cual es uno de los rectores de las instituciones jurídico-políticas vigentes. Concluye solicitando a la Corporación no acceder a la solicitud de pérdida de investidura del Senador Armando Holguín Sarria.

Al intervenir el acusado reiteró su solicitud de negar las pretensiones de la demanda por improcedentes, infundadas y contrarias al orden jurídico invocado. Al calificarlas de infundadas, señaló que:

- a) No es cierto que haya violado el conflicto de intereses;
- b) No es cierto que haya promovido ni el proyecto de ley que se discutía ni el artículo a que se hace referencia;
- c) No es cierto que al votar hubiera pretendido favorecerse personalmente;
- d) No es cierto que contra él se adelante un proceso penal, y
- e) Las normas invocadas en la demanda y las presentadas en la intervención del demandante no son procedentes y han sido utilizadas sesgadamente, para favorecer la pretensión.

Manifestó que el 13 de diciembre de 1995 votó afirmativamente un artículo incorporado al proyecto de ley 168 Senado y 129 Cámara que pretendía, como se observa de su lectura **“traducir a términos legislativos”** jurisprudencias en que se aplica la Carta, por su más alto y autorizado intérprete, pues la misma Constitución establece: **“A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución”**.

Afirma que en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente quedó claro que ese criterio debe desprenderse del espíritu constitucional, que es el que sustenta y da vida al orden jurídico nacional, al “orden ordenado” y al “orden ordenador”, y que el artículo aprobado traduciría a la ley doctrinas de la Corte Constitucional que tenían un carácter general y abstracto, puesto que ese alto tribunal no resuelve conflictos de partes, conflictos particulares, sino que confronta normas o disposiciones, ni siquiera con una norma específica sino con la Constitución en su integridad, que se define como una proposición jurídica completa, para cumplir su fin integrador, artículo que aunque contiene una cláusula general y tres excepciones determinadas **no se aprobó por el Congreso, ni es ley ni tiene ninguna relevancia jurídica**.

Considera que la cláusula general se basa en el artículo 230 de la Constitución y el artículo 23 del Decreto 2067 de 1991, Reglamento Interno de la Corte Constitucional, por lo cual no amerita discusión, pues, en general, la doctrina constitucional es criterio auxiliar de interpretación, pero de acuerdo con la doctrina de la misma Corte se establecen tres excepciones, a saber:

1. La cosa juzgada explícita.
2. La cosa juzgada implícita,
3. Las sentencias integradoras.

Expresa que en la sentencia C-131 de 1993 la Corte Constitucional dijo:

“Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, goza de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se puede entender ésta sin la alusión a aquéllos”.

Respecto a las sentencias integradoras transcribe como concepto de la Corte Constitucional, el siguiente: “Es una modalidad de decisión por medio de la cual el juez constitucional, en virtud del valor normativo de la Carta (artículo 4° C. N.), proyecta los mandatos constitucionales en la legislación ordinaria, para de esta manera integrar aparentes vacíos normativos o hacer frente a las inimitables indeterminaciones de

orden legal. En ello reside la función integradora de la Doctrina Constitucional **cuya obligatoriedad como fuente de derecho**, ya ha sido reconocida por esta Corporación (SC 083/95, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz).

Y, para demostrar que hubo una discusión amplia, citó fragmentos de quienes intervinieron en el Senado, a excepción de lo expresado por el Senador Gustavo Espinosa por estar solicitada su pérdida de investidura, fragmentos que corresponden a las intervenciones de los Senadores Hernán Motta, Motta, Eduardo Pizano de Narváez, Luis Guillermo Giraldo, Carlos Espinosa Faccio-Lince, Mario Uribe Escobar, Carlos Corsi Otálora, José Antonio Gómez Hermida, y de los señores Ministro de Justicia, y Fiscal General de la Nación, Néstor Martínez Neira y Alfonso Valdivieso Sarmiento, respectivamente.

Además, hace hincapié en que el artículo aprobado en el Senado no fue acogido por la Cámara de Representantes. Concluye que:

**“El artículo hubiera podido ser aprobado si la Cámara de Representantes lo hubiera acogido, si el Presidente de la República no lo hubiera objetado, si el Congreso hubiera rechazado las objeciones y si la Corte Constitucional no lo hubiera declarado inexecutable.**

**Si hubiera superado esta serie de controles, hubiera podido relacionarse con una sentencia que, al parecer, podría enlazarse tranquilamente con una jurisprudencia que hubiera podido acoger la Corte Suprema y, en ese caso, eventualmente hubiera favorecido a un congresista que hubiera podido estar procesado”.**

Frente a lo anterior destaca que el hecho cierto es que **no está procesado por delito alguno**, pues no puede haber procesado sin proceso, ni estar nadie sindicado si no ha sido vinculado al proceso mediante indagatoria o declaratoria de persona ausente, y al no ser sujeto procesal, debe desconocer **las indagaciones preliminares reservadas**, que no son proceso sino averiguaciones previas al proceso, preprocesales, de donde puede resultar que el hecho no existió, que la conducta si existió no constituye delito, o que no hay razones para concluir que determinada persona lo haya cometido.

Agrega, que “el imposible –sic– favorecimiento choca con una evidencia: está apuntando a un **hecho futuro, no cierto, remoto, hipotético, que no tiene por qué darse**, y que en este caso nunca podría darse, por la simple razón de que tal artículo no se aprobó. No existe para el derecho. No se sabe **ni nunca se sabrá si hubiera podido beneficiar a alguien**.

**Finaliza, presentando como resumen:**

“1. El hecho, jurídicamente no existe.

2. Admitirlo, viola la presunción de inocencia, la presunción de buena fe y el debido proceso.

3. Las pruebas mismas impugnan la pretensión de la demanda.

4. Los derechos invocados imponen la denegación de la misma, y
5. Invocó los artículos 150 y 185 de la C. N.”.

Por su parte, el señor apoderado del Senador Holguín manifiesta que en la solicitud de pérdida de investidura no se precisa si se trata de incompatibilidad o inhabilidad, y que ninguna de las ocho (8) causales de inhabilidad previstas en el artículo 179 de la C. N., es aplicable al caso debatido; por tanto, se está planteando un probable o un posible conflicto de intereses. Recuerda sobre este aspecto los salvamentos de voto de los Consejeros Juan Montes Hernández y Daniel Suárez Hernández, en el proceso AC-796 del 20 de enero de 1994, en los cuales se expresó que no podía prosperar la pérdida de investidura invocando como causal la existencia de conflicto de intereses, pues, según lo afirmado por el primero, se requiere la expedición de ley estatutaria de acuerdo con el mandato del literal a) del artículo 152 de la Carta y según el segundo, el régimen de inhabilidades debe ser consagrado en una ley orgánica. Agrega, que discrepa del criterio según el cual ese régimen de incompatibilidades está previsto en la Ley 5ª de 1992, pues considera que al no estar expresamente determinadas las conductas que dan lugar al conflicto de intereses, se atenta contra los principios de legalidad y tipicidad, pues los principios de la ley penal son aplicables al régimen disciplinario y, por ende, al de pérdida de la investidura. En apoyo de su afirmación, cita a distintos autores que han tratado la materia.

Por tanto, sostienen, no puede afirmarse que el Senador Holguín haya incurrido en conflicto de intereses, pues no está probada su culpabilidad, ya que la proscripción de la culpabilidad objetiva, además de ser una conquista del derecho penal, se encuentra consagrada en estatutos legales como en la Ley 200 de 1995, y al no existir prueba del dolo del Senador Holguín, por no existir ni siquiera prueba sumaria de que él, antes del 13 de diciembre de 1995, conocía el artículo que se iba a adicionar, ya que no es miembro de la Comisión Primera en la cual se había estudiado el proyecto, no puede estar incurso en la causal sobre conflicto de intereses. Por tanto, concluye su intervención solicitando a la Corporación, al igual que su mandante y el Ministerio Público, que no se acceda a las pretensiones de la solicitud.

Finalizado el trámite procesal y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir previas las siguientes

### **CONSIDERACIONES:**

Se trata en el caso de autos de la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del Senador Armando Holguín Sarria, por violación de los artículos 182 y 183 de la Constitución Política y 286 de la Ley 5ª de 1992.

Aduce el solicitante, en apoyo de la pretensión, que el congresista incumplió con el deber constitucional de declararse impedido para participar en la aprobación de un artículo nuevo que se quiso adicionar al proyecto de ley tramitado en el Senado bajo el

## **SALA PLENA**

número, violando así el régimen de Conflicto de Intereses, por cuanto dicho proyecto de artículo era alusivo al carácter de criterio auxiliar de interpretación de la doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional, con tres excepciones concernientes a la cosa juzgada explícita, la cosa juzgada implícita y las sentencias integradoras, casos en los que aquéllas es obligatoria y corrige la jurisprudencia.

Que al prohiar y votar afirmativamente el proyecto del artículo en mención, sin unidad de materia con el proyecto de ley al que se lo quiso adicionar atinente a la sanción de delitos menores y que terminó siendo la Ley 228 de 1995, incurrió el precitado senador en conflicto de intereses. En efecto, “participó en un tema que le estaba vedado constitucionalmente” por razones éticas, cuando lo procedente habría sido declararse impedido, pues con ese artículo nuevo se pretendía presumiblemente convertir el delito de “Enriquecimiento Ilícito” en conducta subalterna, trayendo consigo que el reato no existiría cuando no estuviese previamente demostrado que el dinero que lo determina no tiene origen en una actividad al margen de la ley, lo que en la práctica implicaba la desaparición de ese tipo delictivo “...que por falta de pruebas no era posible castigar.

El conflicto de intereses respecto del citado senador se dio, agrega, porque en su contra la honorable Corte Suprema de Justicia adelanta proceso por enriquecimiento ilícito, con lo cual al votarlo “...buscó obtener beneficios propios de índole penal...”, es decir, legisló en su propio interés.

Además, que el objetivo buscado con el texto normativo que se quiso adicionar del modo dicho fue habilidoso y subrepticio, pues aquél no tuvo ponente conocido. De ese modo, concluye, el Senador Holguín Sarria está incurso en la prohibición señalada en el artículo 182 de la C. P. y en el 286 de la Ley 5ª de 1992, por lo cual se lo debe sancionar con pérdida de la investidura de congresista.

### **1. La calidad de senador del doctor Armando Holguín Sarria**

Se halla plenamente acreditada la calidad de senador de la República del doctor Armando Holguín Sarria para el período constitucional 1994-1998, mediante certificación expedida por la Directora Nacional Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil, de fecha 26 de enero de 1996, visible a folio 14 del C. de pruebas del expediente.

### **2. Solicitud de impedimento**

No se advierte en la Gaceta número 479 del 20 de diciembre de 1995, en la cual obra el Acta número 35 correspondiente a la sesión ordinaria del Senado de la República del miércoles 13 de diciembre de 1995, manifestación de impedimento por parte del Senador Armando Holguín Sarria, quien, según la misma, contestó el llamado a lista.

### 3. El asunto de fondo

#### 3.1. Génesis del artículo que presuntamente genera el conflicto de intereses

En la citada Acta número 35 de la sesión ordinaria del Senado de la República del miércoles 13 de diciembre de 1995, a la página 16 de la gaceta en mención, se lee:

“La Presidencia somete a consideración de la plenaria el articulado con las modificaciones formuladas por los senadores ponentes, excepto el artículo 9º y cerrada su discusión pregunta: ¿Adopta la plenaria el articulado propuesto? Y ésta responde afirmativamente.

“Por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo.

Artículos nuevos –sic– que suscriben 45 senadores y dice así:

“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia –sic– de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la inexecutable de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el nexo causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, **en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta**”. Subraya la Sala.

El Presidente interviene para un punto de orden:

Entonces mientras usted lee quien presentó el artículo nuevo.

La Secretaria manifiesta lo siguiente:

El artículo está suscrito por muchas firmas entre otras la de los doctores Juan Carlos Castro, Elías Matus, Vicente Blel, Gustavo Rodríguez, Bernardo Guerra, Tito Rueda, María Cleofe Martínez y muchas más señor Presidente.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

Algunos de los firmantes, ¿quiere hacer la sustentación del artículo nuevo? De lo contrario le ofrezco la palabra al Senador Motta mientras tanto.

La Presidencia abre la discusión del artículo leído y concede la palabra al honorable Senador Hernán Motta Motta...”.

En la evaluación de los distintos elementos allegados al proceso, concernientes al asunto en examen, concierne transcribir las intervenciones del señor Ministro de Justicia, doctor Néstor Humberto Martínez Neira y del señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, en la sesión del Senado de la República el 13 de diciembre de 1995. No así las intervenciones de los mismos funcionarios en la sesión de la Cámara de Representantes del día siguiente, cuando se negó el texto adicional aprobado en el Senado, por la circunstancia de ser posteriores a la conducta que se juzga.

En el honorable Senado el señor Ministro de Justicia expresó:

“En primer lugar la temática que estamos tratando, en este momento estamos debatiendo un proyecto de ley que se dirige a restablecer la seguridad ciudadana a través de unas normas que tratan de definir el régimen de competencias para el tratamiento de las contravenciones, de tal suerte que sería muy importante que las nuevas disposiciones que aquí se plantean digan relación integralmente con el tema que estamos debatiendo, que es el relativo a las contravenciones especiales y al Derecho de Policía propiamente dicho, porque así lo ordena la Constitución, el artículo 158 de la Carta de carácter mandatario señala que todo proyecto de ley debe referirse a una misma materia y son inadmisibles las disposiciones que no se relacionen con ellas, de suerte que bienvenido en el debate que estamos empezando con relación al proyecto y ese sería mi punto de vista inicial, aquellas (sic) iniciativas que digan relación con nuevas contravenciones especiales, con el régimen de las contravenciones o con el régimen de competencias que se les está adscribiendo a los señores Jueces Penales Municipales por mandato de la iniciativa que se estaría convirtiendo en ley de la República, en cuanto aquí se establece en un artículo nuevo que la doctrina constitucional adoptada en sentencia de la Corte, sea criterio auxiliar de interpretación, salvo en algunos casos, valdría la pena tener en consideración en primer lugar que francamente a menos que se sustente adecuadamente de *prima facie* (sic) no advierto una conexidad desde el punto de vista temático con el asunto, con la materia que es objeto de discusión en este momento, pero además me parece que es muy importante que hagamos conciencia que en Colombia estamos inmersos dentro de un sistema jurídico propio del Derecho Continental Europeo, en donde la ley es la regla de conducta que debe gobernar a los asociados, por supuesto la ley de leyes como la primera de ellas, la Constitución Nacional y las leyes ordinarias correspondientes, en ese sentido pues es evidente que la posibilidad de que la jurisprudencia como expresión de la voluntad judicial a gobernar la vida de los

coasociados con efectos *erga omnes* me parecería que dista mucho del esquema de derecho que está previsto en nuestra Carta Política y en nuestra legislación centenaria, en la medida en que se les permitiría arbitrar a los jueces a través de sus propios pronunciamientos en la definición de reglas de conducta de carácter general que son precisamente como expresión de poder vinculante del Estado, aquéllas (sic) que exclusivamente puede dictar el Congreso de la República, la eventualidad de que la jurisprudencia pues se convierta en regla de conducta, esto es en fuente de derecho, nos permitiría irnos acercando a una desviación conceptual de la misma estructura del Estado Social democrático de Derecho, que ha establecido nuestra Carta Política en la medida en que los jueces de la República podrían entrar a gobernar con carácter general, abstracto, relaciones de conductas, de interferencias en la sociedad de convivencia social que, repito, es algo que solamente compete y le corresponde al Congreso de la República a través de la ley, en ese sentido hay que recordar que la propia Carta Constitucional, la ley de leyes entre nosotros la Constitución Política ha establecido precisamente siguiendo el esquema del sistema continental europeo que proclama el Derecho escrito como el sustrato y el fundamento mismo del orden jurídico que los jueces en sus providencias según el artículo 230 sólo están sometidos al imperio de la ley. La ley es la fuente de Derecho, por ello mismo continúa diciendo nuestro Constituyente que la equidad y la jurisprudencia que es lo que por ahora nos interesa la jurisprudencia será criterio auxiliar de la actividad judicial servirá como elemento de interpretación; pero por supuesto nunca podrá imponerse con carácter vinculante, con carácter obligatorio para gobernar situaciones jurídicas, abstractas y generales con efectos *erga omnes*, por eso de la mera lectura que se puede hacer del artículo nuevo salta a la vista una diferencia ostensible con el texto Constitucional, entre el artículo propuesto y el artículo 230; porque al paso que el artículo 230 de la Carta establece que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial; es decir, que la jurisprudencia no somete a su imperio a los jueces cuando están administrando justicia, el artículo nuevo propuesto señala que la doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte es criterio auxiliar de interpretación excepto en los siguientes casos; no, el Constituyente honorables Senadores ha sido tajante en decir que la jurisprudencia es criterio auxiliar de la actividad judicial en todos los casos, así lo dice el artículo 230 de la Carta Política, mal podría el legislador en consecuencia establecer excepciones al texto claro, diáfano, que no admite ningún tipo de excepcionalidad de acuerdo con la literalidad misma del artículo 230 y es así, claro está, porque repito seguimos en un sistema de derecho escrito donde es la ley la fuente de Derecho, quien con poder vinculante puede ponerse con carácter *erga omnes* para gobernar las situaciones jurídicas de la convivencia derivadas de la convivencia social, de tal suerte que establecer excepciones como aquí se hace entraría en notoria, en manifiesta contradicción en mi humilde entender con el artículo 23 (sic) de la Constitución Nacional; quisiera anotar pues esas circunstancias de orden constitucional; pero además es que así lo ha consi-

derado la propia Corte Constitucional lo que nos llevaría entonces a un nuevo texto de la Carta Política que habla de la cosa juzgada constitucional; saben ustedes que el reglamento de la Corte Constitucional dispuso en su oportunidad en el artículo 230 que la doctrina constitucional sería criterio auxiliar obligatorio para las autoridades judiciales; pues bien, la propia Corte Constitucional en sentencia 131 del 1° de abril de 1993, siendo como le corresponde ser fiel al texto del artículo 230 de la Carta Política, declaró precisamente inexecutable aquella norma del reglamento de la Corte Constitucional que establecía que la jurisprudencia de ella, sería criterio auxiliar obligatorio. La expresión obligatorio fue declarada inexecutable precisamente por estas razones que ha expresado la Corte Constitucional con apoyo en el artículo 230 de la Constitución; porque mal podría imponerse la jurisprudencia con carácter vinculante y con los efectos *erga omnes* que trataría de sesionarse (sic) precisamente con el enunciado del artículo nuevo que aquí se está proponiendo. Por lo demás, quisiera recordar que este tema que se suscita como un elemento nuevo en este proyecto de ley relativo al Régimen Contravencional, fue en su oportunidad justamente dimensionado, trabajado con ocasión de los debates de la ley estatutaria de la administración de justicia; recordarán ustedes que en su momento existió alguna ponencia, alguna iniciativa que estaba orientada precisamente, a que como en algún sector de la doctrina constitucional por aquel entonces se estaba tratando de desarrollar la tesis de carácter vinculante de la jurisprudencia constitucional, para imponérselos inclusive a las autoridades judiciales de cualquier naturaleza, se estableció en aquellas (sic) oportunidad claramente por el Congreso de la República que no podía actuarse, que no podía definirse que los fallos de la corte Constitucional tuviesen precisamente el carácter de una fuente de derecho vinculante distinta de la que la categoría del artículo 230 de la Carta Política le reconoce, es así como quiero recordarles para refrescar la memoria en este debate que se inicia sobre este tema, se dijo en el artículo 48 del Proyecto de Ley Estatutaria de Administración de Justicia que está siendo objeto de examen por parte de la Corte Constitucional, que las sentencias de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales ya sea por vía de acción de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto *erga omnes* en su parte resolutive, la parte motiva constituye un mero criterio auxiliar para la actividad judicial, en esto sencillamente estamos reproduciendo el artículo 230 de la Constitución Nacional que constituye el claro límite en consecuencia con arreglo al cual el legislador podría avanzar en estas materias. Adicionalmente quisiera concluir señor Presidente diciendo que en mi entender por supuesto está sujeto al escrutinio y al debate que vamos a realizar sobre esta materia es altamente inconveniente que se abra paso entre nosotros la posibilidad de que los jueces de la República establezcan reglas con el imperio del Estado como lo hace el Congreso de la República para gobernar de manera genérica y abstracta las distintas situaciones jurídicas acerca de cuya propia regulación y connotación debe hacer una evaluación política, el órgano del Esta-

do a quien le ha sido encomendada esta misión, que es el Congreso de la República, de lo contrario cada día más estaremos cerca a un concepto de gobierno de jueces que es contrario al esquema institucional que debe gobernar nuestra República”.

Y el señor Fiscal General de la Nación:

“Señor Presidente, honorables Senadores. Algunos honorables senadores de manera jocosa me preguntaban a qué se debía mi presencia en esta oportunidad, ya que no había estado en la gran mayoría de sesiones del período que se iniciara el 20 de julio, yo les decía pues que en verdad había venido a uno que otro debate en Comisión, que hoy en verdad me animaba el propósito de estar presente en circunstancias plenamente justificadas por el trámite de un proyecto, el proyecto sobre secuestro, que aparece en el Orden del Día probablemente no se va a discutir en esta oportunidad de otra parte indiscutiblemente también quise hacerlo, estar acá, a raíz de versiones sobre artículos que han venido apareciendo en una forma francamente inesperada por lo menos para mí y lo digo con todo el respeto, porque dada su trascendencia no considero que sea esa la forma como el país debe esperar un debate, esperar un análisis, esperar un escrutinio adecuado frente a temas que en verdad son muy delicados, por eso la semana anterior yo recibí en el término de una hora 3 visitas a mi oficina en donde me alertaban de dos artículos sustitutivos si no estoy mal a los números 6 y 16 del Proyecto de ley número 142 del Senado sobre secuestro, me dieron el texto de esos artículos ninguna de esas tres personas miembros del Congreso e inmediatamente me comuniqué con uno de los ponentes, me dijo que se estaba discutiendo en comisiones conjuntas y en efecto ese ponente de Senado de Cámara me llamó para decirme que quien me había llamado (sic) esa información tan fidedigna, pues si efectivamente se trataba del tema de la justicia regional, yo sobre este tema pues lo único que debo decir es que este no es un tema de pequeña monta, tan será importante que hay un buen número de congresistas interesados en abolir la justicia regional, pero esa importancia precisamente se opone a la manera le dije yo también subrepticia como apareció a la manera ajena al texto o al contexto general del artículo y esto es grave me parece a mí para el país, claro muy especialmente y tal vez más para el propio congreso, de tal manera que si yo estoy acá y no como se comentó también jocosamente le decían al señor Ministro que tal vez él había violado la reserva del sumario porque me había contado esos temas y por eso me vine, no, yo estaba ya enterado y por eso quise hacerlo en esta fecha, pero en verdad quiero hacer una pequeña alusión al tema de la justicia regional para anotar alguna inconsistencia en el trámite de por lo menos de cara a la realidad, y al momento y es que sobre este tema habíamos hablado acá, hablamos también en la plenaria de la Cámara, habíamos hablado en las Comisiones y habíamos dicho reiteradamente que debía el Congreso de la República aplicarse a la evaluación de la justicia regional, que para eso también, se

había iniciado un estudio por parte del Ministerio de Justicia y que también la Universidad Nacional hasta donde entiendo, contratado por el propio Congreso de la República avanzaba en una evaluación, su propia evaluación y también se hablaba de la necesidad de que la Fiscalía diera su propia versión, pues bien esta decisión se adoptó cuando en la Ley Estatutaria de la administración de justicia se incluyeron algunos textos relacionados con la propia justicia regional, textos que significan sin duda una evolución, textos que van bastante más allá yo diría de la situación actual, inclusive de la que muchos de los parlamentarios consideran que aún deben reformarse, pues bien estos textos van más allá por iniciativa de la propia Fiscalía se hablaba del tema de la reserva de la identidad de los testigos, del tema de la reserva de la identidad de los funcionarios propiamente dicho, de las circunstancias me parece a mí tan inconveniente de que deba siempre procederse en virtud de la captura a las personas que se les vincule y bueno, estas iniciativas aún están en la ley estatutaria y aún estamos pendientes del examen de la Corte Constitucional, pues vamos a tener entonces innovaciones, novedades, cambios en la concepción y el funcionamiento de la justicia regional, pero se dijo en ese entonces vamos a estudiarla, vamos a analizarla, vamos a evaluarla que este Congreso, que el país vea a las personas que queremos evitar que a Colombia se le juzgue indebidamente alrededor de este tema, entendemos de las fallas que han existido por todos nosotros analizando precisamente a raíz del desempeño de la justicia regional valorada en estudios, en análisis y en informes, y la verdad es que antes de que se concluyese el primero de los estudios, ya estaba un proyecto de ley con muchas firmas circulando, Presidente una interpelación”.

El señor Jaime Dussán Calderón interpelló así:

Yo creo que eso es lo que tenemos que decir, le pido al señor Fiscal que nos diga entonces así en concreto, este articulado que yo firmé y lo envíe con otro sentido, lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas y se están investigando, esa es la gran preocupación...

El señor Fiscal respondió:

“Sí Señor Presidente, yo quiero referirme a las dos interpelaciones para decirle al Senador Gustavo Espinosa, que si es muy importante que se analice el proyecto, que usted se pronuncie sobre lo que considera inexactitud, probablemente la exista, yo he procurado en esto además obrar con toda desprevención, desde todo punto de vista y tratando también de acertar. De ninguna manera Senador Espinosa podrá usted conseguir que yo quiera pronunciarme al posible efecto de este artículo en las investigaciones que se adelanten con relación a determinadas personas, yo respeto al doctor Fernando Botero, respeto al doctor Juan Manuel Avella y usted podrá entenderlo cuando yo le diga que respeto a todas las personas que están privadas de la libertad y que están siendo investigadas en Colom-

bia. Para mí no es, lo he dicho también acá, motivo de goce, de disfrute, de placer, el que eso suceda.

Pero no puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse, a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo, eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aún absurda esta decisión en estos momentos. Al Senador Dussán le reconozco esa capacidad para hablar de manera afirmativa porque se la conozco, también se la respeto, pero fíjense ustedes cómo es de grave el tema de las filtraciones, si yo le dije en alguna oportunidad, la Comisión de Investigación y Acusaciones de la Cámara de Representantes, opinaba yo que debía mantener también reservadas (sic) su investigación, y cuál sería la sorpresa porque el hermetismo se había mantenido, probablemente más fácil de mantenerlo una sola persona, el investigador cuando aparece el concepto de la Procuraduría, el propio Procurador dijo: ¿pero cómo?, ¿qué es esto?, ¿qué sucede?, voy a investigarlo.

Hasta donde yo entiendo se transcribió literalmente en más de una página de un diario de amplia circulación nacional, la versión, la declaración, el testimonio, la indagatoria del Presidente de la República; fíjense ustedes, lamentable, otro diario que también tiene circulación publicó el texto de los alegatos del connotado abogado, apoderado judicial del señor Presidente de la República, mire, tengan ustedes la absoluta seguridad que la Fiscalía General de la Nación no ha tenido acceso a ninguno a diferencia de los nuestros que los hemos trasladado a la Comisión de Acusaciones, lo contrario no ha sucedido, bueno, de pronto porque no lo hemos solicitado, luego entonces no es la Fiscalía.

Yo sé que usted me puede ahora interpelar diciendo que usted no estaba afirmando que era o posiblemente únicamente la Fiscalía no, es que la Fiscalía no tiene eso por profesión, por oficio, claro lo dicho cuando hay filtraciones de procesos que adelante la Fiscalía y cuando se viola la reserva al primero que se mira es al Fiscal y posiblemente al Fiscal General como cabeza de la Institución y yo he dicho que eso es lamentable, pero no me he quedado en lamentarlo, nosotros sí estamos investigando, indudablemente estamos investigando y por supuesto que tenemos ya muchas cosas claras frente a las investigaciones, ustedes recuerdan una célebre rueda de prensa, en esa célebre rueda de prensa se habló de que la Fiscalía filtra todo y de que como la Fiscalía estaba filtrando todo, pues resulta que ese documento que sirvió como base de esa rueda de prensa no lo filtró la Fiscalía y eso está ya demostrado, si lo de Palomari, qué pasó con lo de Palomari, no estoy hablando de los textos, pero el texto no lo tienen únicamente

los dos fiscales ni la Fiscalía, esa diligencia fue una diligencia asistida además del Fiscal o de los fiscales como es obvio, por el delegado del Ministerio Público.

La Defensoría del Pueblo en la primera oportunidad prestó sus buenos oficios para que un funcionario de esa entidad pudiera apoderar a quien se le estaba recibiendo esa versión o esa indagatoria, adicionalmente la fiscalía consideró procedente remitir esos documentos a la Comisión de Investigación Acusaciones, adicionalmente debía remitirlos también a la Corte Suprema de Justicia; bueno, pudo ser la Fiscalía, yo no descarto, hay funcionarios también detenidos de la Fiscalía por filtraciones también y realmente para mí es muy grave el que eso suceda, el que eso siga sucediendo, pero en verdad hemos tomado medidas y yo sigo reafirmando el enorme perjuicio que tiene para la Fiscalía la filtración de estas informaciones, esa divulgación indiscriminada; entiendo también que sobre esto debe seguir avanzándose a nivel de la legislación pero también entiendo y volvemos un poco a la circunstancia y a la coyuntura que tal vez no sea la más apropiada para aparecer con normas que tengan dotación o característica de censura, esto no es bueno para el país, no le conviene al país, a propósito de lo que usted, Senador Jaime Dussán ha dicho, no es *Semana* el órgano oficial de la Fiscalía, no es ningún medio de comunicación el órgano oficial de la Fiscalía, yo me sorprendo de veras lo digo con toda sinceridad y ustedes pueden registrarlo en los expedientes cuantas veces nosotros remitimos, yo personalmente publicaciones de los medios de comunicación para los expedientes que se plantean unas historias y unas versiones que tienen un grado de verosimilitud interesante. Mire los medios de comunicación tienen un conocimiento muy al detalle de muchas investigaciones que avanza en ellas, posiblemente también consiguen acceder a los funcionarios, de pronto no propiamente a los fiscales a funcionarios de menos rango de un computador, de una base de datos de mi oficina, de un funcionario que por supuesto ya no está trabajando, pensamos nosotros, suponemos nosotros, presumimos, porque no estoy acá condenándolo, debió sustraer el texto de una decisión de un proyecto de decisión que no (sic) finalmente no fue decisión, pero no por esa circunstancia; así estamos y eso no es fácil, yo he dicho que esta dependencia, esta institución de la Fiscalía es muy susceptible al fenómeno de la corrupción, no he venido nunca a decir que allí no suceden estas cosas, pero fíjense ustedes, honorables senadores, así como lamento todas estas filtraciones del proceso en la Comisión de Investigaciones de la Cámara que cuando pasaron a manos de más de una persona ya se filtraron y se conocieron por entregas, nunca se ha visto nada como eso, bueno, que no es la Fiscalía, que no es la justicia, pero allí debe estar adoptada toda la apariencia de un trámite judicial y realmente allí sí, por favor, ayúdenos con esa concesión, con ese beneficio de la duda en favor de la Fiscalía; no espero yo la presencia del Fiscal General, recibida acá como si se apareciera un fantasma, no, realmente yo me siento bien estando con ustedes, pues no sé lo contrario, pero aspiro a que así deba ser, porque es que estamos realmente como lo dice el Senador Dussán, en un país en

donde es necesario que las instituciones se consoliden, se solidifiquen y qué grave sería que se le oyera a un funcionario se le rehuyera o digamos, no se le permitiera hacer presente o su presencia fuera mal interpretada, no, entendámoslo como que se sucede en el ámbito normal de las relaciones interinstitucionales.

Ahora bien, yo creo que la Fiscalía General de la Nación tiene también que responder por hechos que se escapan de su alcance adicionales a los que he comentado; mire, fíjense ustedes el proceso 8.000, denominado proceso 8.000 no es más difundido, porque la Fiscalía así lo haya querido, estas son decisiones de los medios de comunicación, estas son decisiones que probablemente respondan a una expectativa de la opinión pública, pero el hecho de que el proceso 8.000 sea un proceso que suscite ese despliegue o que amerite en la idea de los propios medios de comunicación, despliegues noticiosos, ¿eso no quiere decir que la Fiscalía esté dedicada exclusivamente a ese proceso?, no, muchísimas investigaciones y muy exitosas realiza la Fiscalía permanentemente, muchísimas investigaciones que están avanzando de manera muy positiva, también avanza en diferentes a estas del proceso 8.000, eso es importante resaltarlo, yo no me canso de hacerlo, ¿cuántas veces, Senador Dussán nosotros sufrimos en el Ministerio de Educación para conseguir qué informaciones relevantes sobre el sector tuvieran un despliegue en los medios?

A mí me decían: es que usted es una persona muy tímida, es que a usted no le gusta contar lo que hace, no, no es eso, los medios de comunicación tienen su manera de ver la realidad nacional, de pronto equivocada, yo pienso que sí, porque alrededor de este proceso también se ha sobredimensionado la información y también, indiscutiblemente se han perjudicado muchas personas por divulgar informaciones o por mostrar una faceta de la información que ha perjudicado a muchas personas entre otros destacados integrantes del Congreso de la República de Colombia; por eso me parece a mí interesante que estos temas se hablen, creánme lo que yo lo estoy haciendo también de manera abierta, pues si yo tengo una característica tal vez de no someterme a esquemas y no ir por los lados, yo voy diciendo las cosas como me van pareciendo claro, me debo también al respeto de los procesados, al cuidado natural en cuanto al prejuzgamiento, por eso, lamentablemente no puedo responder lo que me pregunta el honorable Senador Gustavo Espinosa, pero no estoy en ese plan y en ese plan quiero que se entienda mi participación y mi presencia como la de ustedes también que es apenas explicable. No queremos satanizar al Congreso con esta presentación, con esta argumentación, pero no por esto podemos dejar de decir que sí es un paso delicado el que se ha propuesto, el que se intenta dar, el de éste, el que consiste en aprobar el artículo que tiene pues 3 numerales que yo personalmente y de manera muy, muy respetuosa quiero invitarlos a ustedes a que claro, que se continúe con el debate y todo, pero que no se apruebe, que se niegue esa iniciativa; creo que eso

está dentro de mis posibilidades como persona que tengo vocería en esta Corporación, espero que sobre este tema y sobre muchos otros temas de alcance judicial, se pueda debatir acá en las sesiones plenarias, en las comisiones, y de pronto en escenarios, mucho más reducidos, tal vez para conseguir el aporte importante de los verdaderos expertos en la materia, yo no lo soy, no lo he sido, no pretendo serlo, yo siempre lo he dicho y tal vez eso ni les ha gustado a algunos penalistas que yo ni sea penalista, que yo ni quiero serlo, ni pretende serlo. Yo actúo y lo he hecho por ejemplo, a nivel de las audiencias en la Corte Suprema de Justicia, no a título de penalista, sino de Fiscal General de la Nación, pero pues creo que estos temas ameritan todo un análisis de fondo, fíjense ustedes cómo en el tema de la justicia regional que se planteó en comisiones conjuntas se advirtió que el tema no era acabar, que el punto no era acabar con la justicia regional, era acabar una cantidad de normas que hubieran creado un enorme traumatismo en el país, yo les agradezco honorables Senadores, la atención”.

Para responder a dos interpelaciones del Senador Alfonso Angarita Baracaldo, señaló:

“Mire, yo les quiero decir lo siguiente, honorable senador; mire, efectivamente yo he sido testigo de cómo algunos textos anónimos han dado lugar a acciones judiciales que han mostrado muchísima solidez, de no haber sido por esos anónimos posiblemente no se hubiera podido llegar al esclarecimiento de la verdad en muchos hechos que no es del caso mencionar en esta jornada. Pero créalo, usted honorable Senador que allí también tenemos el criterio y el cuidado para no proceder de una manera absurda”.

“Yo precisamente he traído el recuento de esos hechos, porque me ha llamado la atención el que generen tanta preocupación, unos documentos absolutamente apócrifos, pero que con toda seguridad tienen elementos que uno puede advertirlos de maldad, de perversidad, cuando de los anónimos se causa un perjuicio injustificado a las personas, eso debería dar lugar a una acción de la justicia, y en algunos casos ha sucedido, debiera suceder en todos los casos, lo diría yo. No, mire honorable senador, me parece absolutamente improcedente, estaba buscando la palabra, el ponerme a leer una lista que podría, por ejemplo, yo, diría haber sido una lista se hubiese tomado de la lista de todos los parlamentarios representantes y senadores del período anterior, como se puede tomar una lista de todos los funcionarios de la Fiscalía, y decir: todos esos están metidos en el narcotráfico, o de 10 funcionarios, o como puede hacerse con lista de Ministros de un determinado gabinete o como puede hacerse, no, eso no podemos permitir que prospere, yo lo que he dicho acá es que soy consciente de que un clima de estos pueda afectar mucho, pero no soy menos consciente de que como eso crea muchas prevenciones y si yo puedo contribuir a que esas prevenciones cedan y desaparezcan, pues lo hice y lo estoy haciendo, cuando la persona que estuvo en mi oficina Representante a la Cámara, me habló de la lista con mucha preocupación, le decía: yo fui recordando y re-

cordando, dije pues esto debe estar allí y yo lo saqué de ese archivo allá donde uno mete toda la basura, porque esto no es sino basura. Entonces yo sí creo que esto no lo merece el Congreso de la República, leer esta lista y si eso llegara a suceder, pues yo cometería una enorme imprudencia”.

### 3.2. Las sentencias de la Corte Constitucional

Tanto en la contestación a la solicitud como en la intervención del señor Ministro de Justicia en el Senado de la República, en su sesión del 13 de diciembre de 1995, se mencionaron varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, los cuales han sido interpretados, según las pretensiones de la parte actora y del demandado, en sentido diferente, frente al contenido de la norma nueva que se pretendió adicionar al Proyecto 168 del Senado, pues según el primero con este artículo se “pretendía presumiblemente convertir el ‘enriquecimiento ilícito’ en una conducta subalterna, lo cual traería consigo que este delito no existiría como tal cuando no estuviere previamente demostrado que el dinero que lo determina tiene origen en una actividad al margen de la ley...”; y según el segundo, con él “se estaban traduciendo a ley doctrinas de la Corte Constitucional, que tenían un carácter general y abstracto...”.

Al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto 2266 de 1991, por medio del cual se convirtieron en normas permanentes algunas disposiciones contenidas en los Decretos de Estado de Sitio números 3664 de 1986, 1198 de 1987, 1631 de 1987, 180 de 1988, 2490 de 1988, 1194 de 1982, 2790 y 99 de 1991, al analizar el texto del artículo 1° del Decreto 1895 de 1989, así se expresó la honorable Corte Constitucional:

“Artículo 1°. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado”.

“La expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”. Gaceta de la Corte Constitucional. Tomo 3, marzo de 1993, p. 203. (Sentencia C-12. Magistrado ponente doctor Alfonso Martínez Caballero).

Y al fallar la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2°, inciso 2 y 23 –en forma parcial– del Decreto 2067 de 1991, que regula el procedimiento de los procesos constitucionales, declaró *inexequible*, la expresión “obligatorio” del artículo 23, cuyo texto era el siguiente:

“Artículo 23. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar **obligatorio** para las autoridades y corrige la jurisprudencia”.

En el examen de la norma, consignó las siguientes consideraciones:

“1. ¿Hacen tránsito a cosa juzgada formal y material las sentencias de la Corte Constitucional?”

Para responder a esta pregunta es necesario si cuando una autoridad “reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo” –artículo 243 C. P.–, viola un criterio obligatorio –artículo 230 inciso 1 C. P.– o un criterio auxiliar - artículo 230 inciso 2–.

En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra cosa que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1 del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares.

Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

Es de anotar que tal norma fue declarada executable por la Corte Constitucional, cuando afirmó:

El inciso primero se limita a copiar parcialmente el inciso primero del artículo 243 de la Carta, para concluir, refiriéndose a las sentencias que profiera la Corte Constitucional que “son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares”. Declaración que, en rigor, no quita ni pone rey, por ser redundante. Pues el hacer tránsito a cosa juzgada, o el tener “el valor de la cosa juzgada constitucional”, no es en rigor un efecto de la sentencia: no, más bien es una cualidad propia de ella, en general”.

Piénsese que aún en los casos en que la Corte declara executable una norma acusada por vicios de forma en su creación, la sentencia hace tránsito a cosa juzgada, pues en lo sucesivo será imposible pedir la declaración de inexecutable por tales vicios.

Y la sentencia en firme, sobra decirlo, es de obligatorio cumplimiento. Además, las que recaigan en las acciones públicas de inconstitucionalidad, tienen efecto *erga omnes* por la naturaleza misma de la acción y por su finalidad.

El inciso 1 del artículo 21 no presenta, en consecuencia, disparidad o contrariedad en relación con norma alguna de la Constitución.

2. ¿Hace tránsito a la cosa juzgada toda la sentencia de la -Corte Constitucional o solamente una parte de ella?

La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.

3: ¿Qué parte de las sentencias de constitucionalidad tiene la fuerza de la cosa juzgada?

La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de las sentencias en forma explícita y otros en forma implícita.

Primero, goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias por expresa disposición del artículo 243 de la Constitución.

Segundo, gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.

En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la doctrina en el inciso 2 del artículo 230: criterio auxiliar –no obligatorio–, esto es, ella se considera *obiter dicta*.

Distinta suerte corren los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la Corporación misma indique, pues tales argumentos, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive, son también obligatorios y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.

La *ratio iuris* de esta afirmación se encuentra en la fuerza de la cosa juzgada implícita de la parte motiva de las sentencias de la Corte Constitucional, que consiste en que esta Corporación realiza en la parte motiva de sus fallos una confrontación de la norma revisada con la totalidad de los preceptos de la Constitución Política, en virtud de la guarda de la integridad y supremacía que señala el artículo 241 de la Carta. Tal confrontación con toda la preceptiva constitucional no es discrecional sino obligatoria. Al realizar tal confrontación la Corte puede arribar a una de estas dos conclusiones: si la norma es declarada inexecutable, ella desaparece del mundo jurídico, con fuerza de cosa juzgada constitucional, como lo señala el artículo 243 superior, y con efecto *erga omnes*, sin importar si los textos que sirvieron de base para tal declaratoria fueron rogados o invocados de oficio por la corporación, porque en ambos casos el resultado es el mismo y con el mismo valor. Si la norma es declarada executable, ello resulta de un exhaustivo examen del texto estudiado a la luz de todas y cada una de las normas

## SALA PLENA

de la Constitución, examen que lógicamente se realiza en la parte motiva de la sentencia y que se traduce desde luego en el dispositivo.

Son pues dos los fundamentos de la cosa juzgada implícita: primero, el artículo 241 de la Carta le ordena a la Corte Constitucional velar por la guarda y supremacía de la Constitución, que es norma *normarum*, de conformidad con el artículo 4° ídem. En ejercicio de tal función, la Corte expide fallos con fuerza de cosa juzgada constitucional, al tenor del artículo 243 superior. Segundo, dichos fallos son *erga omnes*, según se desprende del propio artículo 243 constitucional.

Considerar lo contrario, esto es, que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corporación –guardiana de la integridad y supremacía de la Carta– le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución.

Ello de paso atentaría contra la seguridad jurídica dentro de un ordenamiento normativo jerárquico, como claramente lo es el colombiano por disposición del artículo 4° superior.

Ahora en respaldo de esta posición se encuentra la tradición jurídica del país, que la Corte Constitucional recoge.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia afirmó en 1916 lo siguiente:

La cosa juzgada ha de hallarse en lo general en la parte definitiva de la sentencia, pero los motivos de ésta carecen de fuerza de fallo, porque son simples elementos de la convicción del juez, que pudiendo ser idóneos en ocasiones, no afectan sin embargo la decisión misma. Empero tiene una excepción este principio, también aceptada generalmente en teoría y en jurisprudencia, y es que cuando los motivos son, no ya simples móviles de la determinación del juez sino que se liga (sic) internamente al dispositivo y son como “el alma y nervio de la sentencia” constituye entonces un todo con la parte dispositiva y participa entonces de la fuerza que ésta tenga. Numerosos son los casos en que sin conexas los motivos determinantes de un fallo, ella sería incompatible o inejecutable.

La misma doctrina fue reiterada por aquella Corporación en 1928 y en 1967.

El Consejo de Estado, en providencia de 1981 sostuvo la misma tesis de la cosa juzgada implícita, así:

Considera esta Sala que el pronunciamiento sobre competencia que hizo la Corte en relación con las materias del Decreto autónomo 2617 de 1973 constituye cosa juzgada implícita que, conforme a doctrina reiterada de esa Corporación, debe acatarse, así se compartan o no los fundamentos mismos del citado fallo...

Sobre lo que es la cosa juzgada implícita dijo esta Sala en fallo dictado el 20 de junio de 1979 lo siguiente:

“En un fallo de inexequibilidad, como en cualquiera otra sentencia, hace tránsito a cosa juzgada no solamente lo decidido explícitamente, vale decir, lo expresado en la parte resolutive, sino también lo implícito en ella. A este respecto dice Carnelutti:

Ello no significa que la cosa juzgada se limite a las cuestiones que encuentre en la decisión una solución expresa: no se olvide que la decisión es una declaración como las demás, en la que muchas cosas se sobreentienden lógicamente sin necesidad de decirlas. Especialmente cuando la solución de una cuestión supone como ‘Prius’ lógico la solución de otra, esta otra se halla también implícitamente contenida en la decisión (al llamado *judicatio implícito*). Se hallan implícitamente consultadas todas las cuestiones cuya solución sean lógicamente necesarias para llegar a la solución expresada en la decisión. Si, por ejemplo, el juez se pronuncia sobre la resolución de un contrato, afirma implícitamente su validez (Sistema de Derecho Procesal Civil Utena. Argentina, 1944 T. I, número 92).

“Si la decisión implícita, tal y como se ha delimitado no hiciera tránsito a cosa juzgada, sería factible entonces que la Corte Suprema de Justicia pudiera reexaminar de nuevo la competencia constitucional en la materia ya dicha, con la posibilidad de un cambio de criterio que, a su vez, implicará la conclusión de que la competencia no fuera del Congreso sino del Gobierno. De ser ello posible la Corte asumiría, prácticamente, un poder que la habilitaría para variar las competencias constitucionales de los poderes públicos al vaivén de los cambios jurisprudenciales, equiparándose al poder constituyente y convirtiéndose, de guardián que es de la integridad, en órgano con capacidad para modificarla, lo cual será manifiestamente absurdo.

“Obviamente la cosa juzgada implícita no comprende las elaboraciones puramente doctrinales, o sea, aquellas que dentro del desarrollo lógico del razonamiento, constituyan el sustento de una conclusión fundamental, pues tales elaboraciones apenas pueden tener el valor y el alcance de la jurisprudencia como fuente de derecho y como tales, participan de su movilidad o de su versatilidad”.

#### 4. ¿Quién determina los efectos obligatorios de una sentencia de la Corte Constitucional?

Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podría regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte,

sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C. P. artículo 241).

Así lo estableció esta Corporación cuando dijo:

A lo anterior, cabría agregar que la declaración de inexecutable de este inciso, no obsta para que la Corte, en ejercicio de sus funciones propias, señale en la sentencia que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Al fin y al cabo, sólo a la Corte compete determinar el contenido de sus sentencias.

Para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada que “en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel”. (Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo 4, abril de 1993, páginas 33-37).

### **3.3. La situación jurídica del Senador Holguín Sarria ante la Corte Suprema de Justicia**

Para establecer la situación jurídica del Senador Holguín Sarria ante la Corte Suprema de Justicia, se decretaron dos pruebas, una de oficio y otra a petición del solicitante. Respecto de la primera con Oficio número 397 de 8 de febrero de 1996 la Corte respondió:

“En respuesta a su Oficio número 240 de febrero 7 de los cursantes, me permito informarle que:

Esta Corporación ordenó la apertura de indagación preliminar contra el parlamentario Armando Holguín Sarria, mediante auto del 26 de mayo de 1995, por posible delito de enriquecimiento ilícito de particular.

Para el 13 de diciembre de ese año, no se había dictado resolución de apertura de investigación, y hasta la presente, el mencionado senador, no ha rendido indagatoria en ningún proceso.

En la mencionada fecha se investigaba la conducta del Senador Armando Holguín Sarria, identificado con la cédula de ciudadanía número 2444215 de Cali, por los hechos relacionados con las indagaciones que la Dirección Regional de Fiscalías ha venido gestionando contra los miembros del denominado cartel de Cali.

Para el momento en que se ordenó la apertura de la indagación preliminar el doctor Armando Holguín Sarria ya tenía conocimiento de la misma, según se desprende del memorial cuya fotocopia se anexa, y por el cual dentro del mismo auto se le reconoció personería a su apoderado”. F. 1, C. de P.

### Testimonio del doctor Fernando Botero Zea

Una de las pruebas, que a petición del solicitante se decretó y practicó, fue la de “recibir testimonio sobre los hechos de mi demanda al doctor Fernando Botero Zea, esencialmente para determinar si previo a la presentación del proyecto de ley de “seguridad ciudadana” (hoy Ley 228 del 21 de diciembre/95), existió acuerdo alguno, dialogo (sic) o convenio con el demandado –directa o indirectamente– sobre el objeto de introducir en el precitado proyecto de ley, norma o artículo alguno que buscara favorecer cuestiones de orden penal que eventualmente pudieran ser beneficiadas con su aprobación y en el que pudiera haberse involucrado el Senador Armando Holguín”. Sobre lo anterior contestó:

“Me permito manifestar con el mayor respeto al honorable Consejo de Estado que no existió ningún tipo de entendimiento, pacto o acuerdo entre el Senador Armando Holguín y yo para la aprobación de cualquier artículo o artículos que pudieran afectar mi situación penal o eventuales responsabilidades penales que pudieran afectar al mencionado senador de la República...”.

A la pregunta de si en forma indirecta existió con el demandado algún acuerdo para los fines indicados en la prueba solicitada, respondió:

“De igual manera quiero manifestarle al honorable Consejero que tampoco ha habido contacto indirecto con el Senador Armando Holguín sobre este tema ni sobre ningún otro tema. La verdad es que no conozco al Senador Holguín sino en forma muy precaria, lo he saludado en los momentos en que he sido citado al Senado de la República, pero curiosamente es de los pocos senadores con los cuales jamás he tenido la oportunidad de dialogar extensamente sobre cualquier tema. Ni yo lo conozco a él ni conozco el grupo de sus amigos más cercanos en el Senado, razón por la cual ni en forma directa ni en forma indirecta tuve ocasión de intercambiar ideas, enviar mensajes, recibir mensajes, solicitar favores, o pedirlos en relación con el trámite de ese proyecto de ley, en general, y la participación del Senador Holguín en ese mismo debate, en particular.

Al responder a la pregunta de en qué momento se informó sobre los términos de la modificación que iba a efectuarse al proyecto de ley de “Seguridad Ciudadana”, manifestó:

“Yo vivo muy informado sobre muchos temas en razón a que hago un seguimiento de todas las noticias a través de los medios de comunicación social y las múltiples visitas que recibo a diario. Por esta razón yo tenía conocimiento acerca de las modificaciones que se pretendían introducir al proyecto de ley que estaba en trámite durante el mismo trámite del mencionado proyecto. Desde luego no conocía los detalles del ambiente que tenía el proyecto y las modificaciones en el Congreso, pero sí estaba enterado de que un sector importante del parlamento quería impulsar esas reformas al proyecto de seguridad ciudadana”.

Y a la pregunta de si conocía el contenido de las modificaciones al proyecto de ley, y si sobre estos aspectos tuvo acuerdos con parlamentarios que conformaban el grupo que pensaba proponer modificaciones al proyecto, respondió:

“No, realmente yo estaba informado sobre la idea en general pero no tenía conocimiento de cualquier texto en particular ni tuve la oportunidad ni tampoco la intención de buscar acuerdos o pactos o entendimientos que le dieran sustento o posibilidades a esa iniciativa”.

Este testimonio, como es fácil advertir, no arroja luz sobre el fin perseguido con su recepción, vale decir, establecer el posible acuerdo previo sobre la presentación del artículo adicional al proyecto de ley sobre “Seguridad ciudadana”, hoy Ley 228 de 1995.

#### 4. Los conflictos de intereses y el ejercicio de la función de congresista

La Constitución Política en su artículo 133 enmarca el ejercicio de la función de congresista en dos postulados básicos: la justicia y el bien común.

Es indudable –como ya lo ha señalado la Corporación– que si bien existe entre los congresistas una comunidad de fin –lograr el bienestar de la comunidad– y una coincidencia en el medio para lograrlo –expedición de buenas leyes–, lo cierto es que, en no pocas veces, sus propios intereses los apartan de tales objetivos: La apreciación de este aspecto ocupó la atención de la Asamblea Constituyente, quien, al abordar el tema, sobre el particular dijo:

“5.3. Conflicto de interés: Como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial **cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar**, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, **quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad**. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la Corporación sus posibles motivos de conflicto de interés”. Informe ponencia para primer debate en plenaria - Gaceta Constitucional, número 79, mayo 22 de 1991, p. 16.

Y la Sala de manera clara y certera ha señalado su finalidad, al indicar:

“La Constitución, como proyecto de vida social y política, con relación al Congreso, persigue la moralización de las costumbres políticas con miras a la legitimación institucional; la constatación de la erosión de una y de otra motivó el proceso constituyente de 1990 y 1991, entre sus razones esenciales.

Con ese propósito, introduce como institución novísima en el derecho público colombiano la pérdida de investidura que tuvo un antecedente fugaz en la refor-

ma constitucional de 1979, a diferencia de lo que tradicionalmente han previsto la Constitución Política y la ley acerca de la pureza del sufragio y de sus remedios, a través del proceso electoral, confiado al Juez Contencioso Administrativo.

Esta institución apunta a la consecución de las finalidades consignadas al comienzo, es decir, la moralización y legitimación de la institución política de representación popular; y para lograrlo se señalaron unas precisas causales de orden constitucional y legal un proceso constitucional adecuado a esta materia, así como un juez propio que se podría denominar el juez de la desinvestidura.

Con estas características, el proceso de pérdida de investidura adquiere perfiles propios que permiten distinguirlo de cualquier otro proceso similar a que se sujeten los congresistas como serían, por ejemplo, el penal y el disciplinario". (Expediente número AC-2102, sentencia de 19 de octubre de 1994, pérdida de investidura del Representante Alfonso Uribe Badillo, consejero ponente doctor Juan de Dios Montes Hernández).

Por ello para asegurar la transparencia en la expedición de las leyes, y que su proceso de formación y contenido no se perturbe por el interés o intereses de los congresistas que participan en su adopción, se ha consagrado en los textos constitucionales el que éstos pongan en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el proceso de estudio y aprobación de una determinada ley. Artículo 182 C. N. pero, como este deber de manifestar el impedimento puede ser incumplido, causando perturbación el interés del congresista en el proceso de formación y contenido de la ley, se consagró, cuando tal deber de abstención se incumple, la pérdida de su investidura, defiriendo a la ley la regulación de los conflictos de intereses al disponer el artículo 182 de la C. Política, lo siguiente:

"Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones".

La norma contempla, en primer lugar, la obligación de manifestar las situaciones de orden moral y económico que puedan generar la inhibición para participar en la discusión o decisión de un asunto sometido a su consideración y, en segundo lugar, defiere a la ley la regulación de lo relacionado con los conflictos de intereses, mandato acogido a través de las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994, cuyos artículos 286 y 16, respectivamente, disponen:

"Artículo 286. *Aplicación.* Todo congresista, cuando exista **interés directo en la decisión** porque le **afecte de alguna manera**, o a su cónyuge, o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de

consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios, de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”.

“Artículo 16. *Conflicto de intereses. Definición.* Los congresistas que dentro del año inmediatamente anterior a su elección hayan prestado servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se mantienen al estudio del Congreso, deberán comunicarlo por escrito a la mesa directiva de la respectiva Corporación para que decida si los congresistas aludidos deben abstenerse participar en el trámite y votación de dichos actos.

Ya, en otras oportunidades, la Corporación ha precisado los alcances de esta causal de pérdida de la investidura de los congresistas, al señalar:

“Para que se estructure el ‘conflicto de intereses’, se precisa, fundamentalmente, que de parte del congresista ‘...exista un interés directo en la decisión por que le afecte de alguna manera’, como lo previene el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992.

“El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define así la palabra ‘directo’: Derecho, en línea recta. Dícese de lo que va de una parte a otra sin detenerse en los puntos intermedios.

“De manera que para que el interés sea **directo** debe surgir de los extremos de la relación que se plantea a través de la decisión que haya de tomarse con respecto al proyecto de ley, sin intermediación alguna. En otro giro, de la ley al congresista...

“El sentido que expresa el ‘conflicto de intereses’ se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tenga interés el congresista y significa aprovechamiento personal de su investidura”. (Expediente número AC-1433. Pérdida de la investidura del Representante Gabriel Acosta Bendeck, agosto 4 de 1994, consejero ponente doctor Diego Younes Moreno).

Y en otro de sus pronunciamientos expresó:

“Por tanto, en el proceso de formación de la normatividad jurídica a través de las leyes que expida el Congreso, habrá conflicto de intereses cuando la actuación del congresista está influida por su propio interés, de manera que éste se enfrenta a las obligaciones propias de su investidura, que le imponen proceder consultando la justicia y el bien común, lo que excluye cualquier influencia o prevalencia de su interés particular, sobre los intereses generales de la comunidad. Expediente AC-1499. Pérdida de la investidura del señor Fuad Ricardo Char Abdala, agosto 26 de 1994).

Ese interés directo debe estar presente al momento de la decisión para poder examinar si hay conflicto de intereses entre los dos extremos, la situación particular del congresista y el contenido de la norma materia de aprobación, y para su calificación o determinación no importan los resultados o posteriores desarrollos de la iniciativa en el trámite legislativo. No es cuando no se frustra su consagración en norma, como equivocadamente lo afirma el Agente del Ministerio Público al calificar de simple tentativa, o como lo señala el Senador Holguín, que el “posible favorecimiento está apuntando a un hecho futuro, no cierto, remoto, hipotético, que no tiene por qué darse, y que en este caso nunca podría darse, por la simple razón de que tal artículo no se aprobó”, pues el conflicto de intereses se califica respecto a los integrantes de la respectiva Cámara, en la cual se tramita el correspondiente proyecto. Olvidan tanto el senador como el Agente del Ministerio Público que los conflictos de intereses no son medidas de protección en favor de los congresistas incurso en ellas; su desarrollo legal está destinado a regular la conducta de los parlamentarios, quienes investidos del poder de legislar no pueden, sin embargo, intervenir en el proceso de formación y aprobación de determinada ley. Con esto se busca transparencia en la emisión del voto, entendida como la conexidad entre la voluntad expresada y la justicia y el bien común inmerso en él, con lo que se asegura su altísima misión, cual es, la de atender los intereses generales.

De ahí, que el congresista no vota para sí; vota para lograr el bien común. Cuando hace lo primero no debe estar allí; el pulmón de la democracia es el parlamento, y el aire que lo oxigena debe ser el interés general y no el imperio del interés o intereses individuales.

Y estas restricciones no quebrantan la libertad de oposición y de voto de los congresistas, ni el ejercicio de su función fundamental, cual es la de participar en el proceso de elaboración de las leyes, pues, como con tanto acierto se ha dicho, la institución de la pérdida de investidura tiene como propósito “la moralización y legitimación de la institución política de representación popular”.

#### **4.1. Calificación de la actuación del Senador Armando Holguín Sarria en la sesión del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995**

Como ya se ha dicho, el Senador Holguín Sarria contestó a lista en la sesión plenaria del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995; y votó afirmativamente el artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado. Con el objeto de calificar si al Omitir su voto incurrió en conflicto de intereses, para mayor claridad se transcribe el texto de la norma aprobada, y la parte pertinente de la sentencia de la Corte Constitucional referida al enriquecimiento ilícito:

“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

## SALA PLENA

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el nexo causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta”, ese es uno de los artículos.

Y la Corte dijo:

La expresión “de una u otra forma”, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”. Sentencia número C-127 de marzo 30 de 1993. G. T. 3, marzo 1993, pág. 203).

La parte motiva de ese pronunciamiento de la Corte Constitucional guarda relación con su parte resolutive que declaró exequible el Decreto 2266 de 1991, mediante el cual se adoptó como legislación permanente, entre otros, el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, que a la letra dice:

“Artículo 1º. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) a diez (10) años y multa equivalente al valor del incremento ilícito logrado”.

Sin embargo, para la Sala no se configuró el conflicto de intereses atribuido al Senador Holguín Sarria porque al momento en que votó el artículo nuevo no tenía conocimiento de que se le adelantaba averiguación preliminar por presunto enriquecimiento ilícito.

Así resulta de lo acreditado en el proceso, no obstante que el Oficio número 397 de 8 de febrero de 1996, de la honorable Corte Suprema de Justicia da cuenta de la apertura de indagación preliminar contra el citado congresista con auto del 26 de mayo de 1995, por posible delito de enriquecimiento ilícito de particular. Y que agre-

que: "...para el momento en que se ordenó la apertura de la indagación preliminar el doctor Armando Holguín Sarria ya tenía conocimiento de la misma, según se desprende del memorial cuya copia se anexa, y por el cual dentro del mismo auto se le reconoció personería a su apoderado" (Fol. 1. C. de pruebas).

Por lo que expresa este texto se impone señalar el origen, objeto y condiciones del instituto de la investigación o indagación preliminar en materia procesal penal.

En el antiguo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938) y en el que lo sustituyó (Decreto 409 de 1971) no estuvo prevista la investigación preliminar. Todas las diligencias de investigación penal debían estar precedidas de auto cabeza de proceso so pena de invalidez, auto con el cual se iniciaba la etapa del sumario.

Pero en el segundo de los códigos citados se autorizaba al funcionario de policía judicial para dictar la providencia que ordenaba practicar las diligencias que se prevenían en el artículo 289 de ese estatuto, por lo cual, en consonancia con el principio de la necesidad del auto cabeza de proceso para adelantar las pesquisas determinadas en la norma citada, se pensó que el funcionario de policía judicial tenía la facultad de dictar el auto cabeza de proceso; otros, que esas diligencias debían ratificarse o convalidarse en el sumario.

La situación fue resuelta por el artículo 2° de la Ley 17 de 1975 que introdujo al Código de Procedimiento Penal, como artículo 320 bis, la institución de la "indagación preliminar", facultando al funcionario instructor para ordenar que se practicaran, dentro de un término máximo de 10 días, las diligencias que considerara indispensables para decidir si se dictaba auto cabeza de proceso o auto inhibitorio.

Durante la vigencia de esa norma se discutió, empero, si a las diligencias preliminares podía tener acceso el posible inculcado. La jurisprudencia no fue unánime al respecto, pues mientras algunos magistrados y jueces lo negaban por no existir sujeto de imputación, otros la admitían a fin de que se controvertieran las pruebas por el posible sindicado.

El Código de Procedimiento Penal expedido mediante el Decreto número 0050 de 1987 dilucidó la cuestión al reglamentar, en el Título III de su libro 2°, la indagación preliminar encaminada a que, en caso de duda sobre la procedencia de la apertura de la investigación, se dispusiera su práctica para determinar si ha tenido ocurrencia el hecho que por cualquier medio haya llegado a conocimiento de las autoridades, si este está descrito en la ley penal como punible, y aportar las pruebas indispensables en relación con la identidad o individualización de los autores o partícipes del hecho..." (Art. 341). Por cierto que el cuerpo técnico de la policía judicial sólo podía realizar diligencias de indagación preliminar "...en los casos de urgencia acreditada en que el juez de instrucción no lo haga..."

En el artículo 343 de esa codificación se consagró la reserva de esas diligencias preliminares, al punto que el defensor posesionado legalmente sólo podía conocerlas

## SALA PLENA

“...cuando se le haya recibido versión al imputado...”. Esa versión, para efectos de la identificación del autor o partícipe del delito, o para determinar si existió el hecho, o si este es violatorio de la ley penal, sólo podía ser recibida con la asistencia del defensor, por lo general.

De igual modo, con extensión de su duración a dos meses cuando existe imputado conocido, quedó reglamentada la institución de la investigación previa en el Decreto 2700 de 1991, concordado con la Ley 81 de 1993, con observancia de la reserva de las diligencias. “Pero el defensor del imputado que rinde versión preliminar, tiene derecho a conocerlas y a que se le expidan copias...”, prescribe el artículo 321 de esa codificación. Por consiguiente, sólo después que el sindicado ha rendido versión preliminar puede, al igual que su defensor, enterarse de lo que se investiga.

En el caso a examen se tiene que no obra prueba de que al Senador Holguín Sarria se le hubiera recibido antes del 13 de diciembre de 1995 versión preliminar en la investigación previa que se le abrió por auto de 26 de mayo de 1995, ni otra prueba que acredite inequívocamente que conocía de esa investigación por enriquecimiento ilícito por ende, procesalmente desconocía su finalidad y el contenido del acervo allí recaudado hasta esa fecha. Por informaciones obtenidas en otras fuentes –distintas de las jurisdiccionales– pudo enterarse que era objeto de investigación y confirmó el poder a que alude el Oficio número 397 de 8 de febrero de 1996 de la honorable Corte Suprema.

Ese memorial–poder es del siguiente tenor:

Santa Fe de Bogotá, mayo 4 de 1995

Honorable Magistrado  
Carlos Eduardo Mejía Escobar  
Corte Suprema de Justicia  
Ciudad

Armando Holguín Sarria, Senador de la República, respetuosamente me permito manifestar a usted que sé, por información de prensa, que le correspondió el conocimiento de las diligencias en donde se menciona mi nombre, en una indagación preliminar. En tal virtud, acompañado del jurista doctor Hernando Londoño Jiménez, estoy dispuesto a comparecer a su despacho, con el fin de rendir declaración libre y espontánea (sic) dentro del caso aludido... (fol. 49 del C. de Pruebas).

Entonces, como se ve, para la fecha de ese escrito no existía investigación o indagación previa contra el citado senador –por informaciones de prensa se enteró de que sería objeto de diligenciamiento de esa naturaleza–. Tampoco podía saber por qué se lo investigaría, más precisamente, no sabía que lo sería por el punible de enriquecimiento ilícito de particular.

Entonces, ante la realidad procesal que se deja consignada, podrá afirmarse la existencia de conflicto de intereses en el susodicho senador porque respaldó y apoyó con su voto el artículo nuevo que se quiso adicionar al Proyecto de ley número 168 del Senado.

Sin duda, que no, porque para que se diera conflicto de esa naturaleza se requería que para el 13 de diciembre de 1995 el Senador Holguín Sarria conociera que se le adelantaba investigación previa por el reato en mención. Sólo así, al buscar, como él lo afirma "...traducir a términos legislativos jurisprudencias en que se aplica la Carta, por su más alto y autorizado intérprete...", podría inferirse la existencia del conflicto. Porque al votar el artículo dicho para hacer obligatoria la jurisprudencia de la honorable Corte Constitucional consignada en el Fallo número C-127 de 30 de marzo de 1993, en la que se sostiene que las actividades delictivas relacionadas con el enriquecimiento ilícito "...deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales...", pudo perseguir su propio favorecimiento en la investigación previa que se le seguía por enriquecimiento ilícito, y no la justicia y el bien común. Ese conocimiento era indispensable que lo tuviera al momento de votar el artículo que se quiso adicionar al proyecto de Ley 168 del Senado, por cuanto de las instituciones jurídicas colombianas ha sido extrañada la responsabilidad objetiva como fundamento de la culpabilidad.

Por ello, entonces, debe denegarse la pretensión de la solicitud.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, acorde sólo parcialmente con el concepto del señor Procurador Delegado ante la Corporación y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### FALLA:

1°. DENIEGASE la solicitud de pérdida de la investidura de congresista del Senador Armando Holguín Sarria.

2°. COMUNIQUESE a la Mesa Directiva del honorable Senado de la República, al señor Presidente del Consejo Nacional Electoral y al señor Ministro del Interior, para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

Este proveído fue estudiado y aprobado por la Sala en sesión del veintisiete (27) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Amado Gutiérrez Velásquez, Daniel Suárez Hernández, Presidente de la Sala (aclara voto); Joaquín Barreto Ruiz, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Jesús María*

## SALA PLENA

*Carrillo B.* (aclara voto); *Guillermo Chahin Lizcano* (salva voto); *Clara Forero de Castro*, *Alvaro Lecompte Luna* (salva voto); *Carlos Arturo Orjuela Góngora* (con aclaración de voto); *Juan Alberto Polo Figueroa*, *María Eugenia Sámper Rodríguez*, *Manuel Santiago Urueta Ayola* (salva voto); *Mario Alario Méndez*, *Carlos Betancur Jaramillo* (aclara voto); *Julio Enrique Correa R.*, *Mirén de la L. de Magyaroff*, *Delio Gómez Leyva* (salva voto); *Luis Eduardo Jaramillo Mejía* (ausente con excusa); *Juan de Dios Montes H.*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *Libardo Rodríguez Rodríguez* (ausente con excusa); *Consuelo Sarria Olcos* (salva voto).

*Mercedes Tovbar de Herrán*, Secretaria General.

**NOTA DE RELATORIA:** Se menciona la providencia de la Corte Constitucional C-127 de 30 de marzo de 1993.

## **CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza / NARCOMICO / (Salvamento de Voto)**

Toda vez que si bien es cierto que procesalmente, en materia penal, la vinculación al proceso para el inculcado surge con la indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el Senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal. Teniendo en cuenta que según el acta número 35 correspondiente a la sesión realizada el día miércoles 13 de diciembre del Senado de la República, publicada en la Gaceta del Congreso número 479 del 20 de diciembre, en la página 33 está registrada la votación nominal del artículo en cuestión y allí aparece que el Senador, lo votó afirmativamente, conociendo los efectos de dicho artículo tenía en su caso personal, por estar investigado por la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no manifestar su interés y declararse impedido, ya que se trataba de una situación individual en la cual tenía interés personal e implicaba la utilización de su investidura en beneficio particular.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Por cuanto la conducta que se endilga al Senador Armando Holguín Sarria es la misma de que fue acusado el Senador Jorge Ramón Elías Náder, al solicitarse la pérdida de su investidura por el doctor Emilio Sánchez Alsina, invocando la misma causal de violación al régimen de conflicto de intereses, resultan válidos, para sustentar mi discrepancia con la providencia que antecede, los criterios ampliamente expuestos en la ponencia que me correspondió elaborar, la cual decía, textualmente, en su parte considerativa:

“1. La pérdida de la investidura y el conflicto de intereses, su reglamentación

“Recuperar el prestigio del Congreso fue uno de los móviles de la reforma constitucional de 1991 y como consecuencia de ello, se regularon algunos mecanismos de control respecto de sus miembros.

“Dentro del marco de la democracia participativa, el artículo 40 de la Constitución estableció como derecho de los ciudadanos, el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y como un mecanismo específico para tal efecto, se consagró la figura de la pérdida de la investidura de sus miembros, a través de la cual se hacen efectivos el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, toda vez que se constituye en la eventual sanción para quien los desconozca.

“Dicha figura, que había tenido una existencia efímera en la reforma constitucional de 1979, al hacer realidad la participación de los ciudadanos en el control de sus elegidos, permite afirmar la real existencia de la soberanía popular, consagrada en el artículo 3° de la Carta de 1991.

“En este sentido, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente, al regular la Rama Legislativa del Poder Público, en su Informe-Ponencia para primer debate en la Plenaria de la Asamblea, consideró que:

“...el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. Creyó también en forma unificada la Comisión que dada la alta posición del congresista, la violación de este régimen no podía acarrear sanción inferior a la pérdida de la investidura y así se consagró, ...’. Gaceta Constitucional, número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, página 17.

“Y en relación, con el conflicto de interés, en la respectiva ponencia se afirma que:

“‘5.3 Conflicto de interés: como quiera que todo ser humano está sujeto a variaciones en su capacidad de juicio imparcial cuando intervienen intereses o compromisos personales que puedan ser afectados por las decisiones a tomar, resulta necesario prevenir que tales intereses o compromisos distorsionen el ánimo imparcial del congresista, quien debe actuar siempre movido por los más altos intereses del Estado y de la comunidad. Se consideró indispensable dejar la posibilidad de recusaciones si el mismo afectado no declara ante la corporación sus posibles motivos de conflicto de interés’. Gaceta Constitucional número 79 del miércoles 22 de mayo de 1991, página 16.

“Los anteriores criterios quedaron plasmados en el articulado propuesto y específicamente en relación con el tema del conflicto de intereses, además de incluir

su violación como causal de pérdida de la investidura, junto con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se propuso el siguiente texto:

“Los congresistas estarán obligados a poner en conocimiento de la respectiva cámara, sus conflictos de interés de carácter moral o económico que los inhiba para decidir sobre asuntos sometidos a su consideración. Si no lo hicieren, cualquier persona podrá recusarlos’.

“Este es el antecedente del actual artículo 182 de nuestra Carta Fundamental, el cual regula la figura del conflicto de intereses, en los siguientes términos:

“Artículo 182. Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones’.

“De acuerdo con el artículo transcrito, correspondía al legislador, la reglamentación de lo relacionado con los conflictos de intereses, por expreso mandato constitucional y aunque inicialmente no estaba incluido en algunos de los proyectos de reglamento del Congreso, luego de diferentes propuestas y discusiones, el legislador lo consagró en el Capítulo Undécimo titulado *Del Estatuto del Congresista*, en su Sección Cuarta conformada por los artículos 286 y siguientes de la *Ley 5ª de 1992*, además de que en su artículo 268, ordinal 6, establece como uno de los deberes de los congresistas el de *‘Poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración’*.

“Y al regular la pérdida de investidura consagra la violación al régimen de conflicto de intereses como una de sus causales. (Art. 296, numeral 3º, *ibidem*).

“Respecto de dicha Ley 5ª de 1992, contentiva del Reglamento del Congreso, su Ponente, el entonces Senador Orlando Vásquez Velásquez, afirma:

“11.5 Pérdida de la investidura

“En la Sección 5ª, Capítulo undécimo, sobre el Estatuto del Congresista, los artículos 296 a 304 consagran el procedimiento acerca de la pérdida de la investidura congresional cuando se presenta alguna causal señalada en el artículo 183 constitucional.

“Las causales diversas de la nueva figura en la vida institucional del país, han sido establecidas como una forma de sanción al Congresista cuando no da cumplimiento a los deberes que el cargo popular le impone, o cuando desborda en conductas y comportamientos que merecen el reproche social.

“Son éstas unas causales taxativas dispuestas por la vía constitucional.

“Pero, es suficiente la consagración constitucional para alcanzar el cabal y efectivo cumplimiento de los deberes y prohibiciones por parte de los Congresistas?

“En ausencia de legislación que desarrolle estos preceptos, con una clara definición y procedimiento de aplicación, la conclusión es terminante: son letra muerta que constituyen una normativa sin eficacia.

“Esta reglamentación pretende precisamente alcanzar, así sea sin la dimensión deseable, regular la institución. Veamos.

“Son, en realidad, siete (7) causales de pérdida de la investidura congresal que exigen pronunciamiento de diversa naturaleza según la causal de que se trate. Son ellas:

“a) Violación del régimen de inhabilidades.

“b) Violación del régimen de incompatibilidades.

“c) Violación del régimen de conflicto de interés.

“d) Indebida destinación de dineros públicos.

“e) Tráfico de influencias debidamente comprobadas.

“f) Inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis (6) reuniones plenarios en las que se voten proyectos de acto legislativo y de ley o mociones de censura.

“g) No tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

“El Consejo de Estado, dispone el artículo 184 de la Carta, ‘de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o por cualquier ciudadano’, debe proceder a decretar la pérdida de la investidura.

“Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativa la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentren incurso en alguna de estas causales: una ley orgánica, de carácter reglamentario como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la Administración de Justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (arts. 151 y 152 ord. 3 C. N.),

“El primer aspecto se desarrolla en la presente ley, dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el Congresista. Y el segundo, debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República”. Se subraya.

(REGLAMENTO DEL CONGRESO, Constitución Política y otras normas referentes a la Rama Legislativa, Senado de la República, Santa Fe de Bogotá, D. C. 1992, páginas LIII, LIV, LV).

“De conformidad con lo hasta aquí expuesto, el conflicto de intereses se encuentra debidamente reglamentado en los términos de la Ley 5ª de 1992, calificada por su propio Ponente como ley orgánica, de carácter reglamentario.

“Los artículos 286 y 291 de dicha ley disponen textualmente:

“Artículo 286. Aplicación. Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

“Artículo 291. Declaración de impedimento. Todo Senador o Representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.”

“Posteriormente, la Ley 144 de 1994 ‘por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas’, en su artículo 16, definió también el procedimiento para aplicar el régimen de conflicto de intereses, en el caso de congresistas que, durante el año inmediatamente anterior a su elección, hubieren prestado sus servicios remunerados a gremios o personas de derecho privado sobre cuyos intereses o negocios incidan actos que se encuentren al estudio del Congreso, caso en el cual deben comunicarlo por escrito a la Mesa Directiva para que decida si dichos congresistas deben abstenerse de participar en el trámite y votación de dichos actos.

Dicha norma consagra el trámite que debe cumplirse cuando el conflicto de intereses se refiere al caso concreto allí previsto y se constituye entonces en complemento de la legislación contenida sobre el tema en la misma Constitución (art. 182) y en la ley (Ley 5ª de 1992) y fue declarada ajustada a la Constitución mediante Sentencia C-247 de 1995 de la Corte Constitucional.

“En su artículo 19 dispuso la Ley 144 en mención, que ‘...deroga y modifica las disposiciones legales anteriores...’ disposición que es aplicable en cuanto se trate de disposiciones anteriores que hubieren regulado temas en ella contenidos, pero que no es posible considerarla derogatoria de todas las disposiciones legales anteriores, porque ello además de antitécnico desde el punto de vista jurídico, es absurdo.

“Así entendido el artículo 19 de la Ley 144 de 1994 y en cuanto respecto del conflicto de intereses dicha ley sólo incluye lo previsto en su artículo 16 sobre procedimiento, dicha derogatoria no podía referirse a todas las normas de la Ley 5ª de 1992 sobre pérdida de investidura y conflictos de intereses.

“De conformidad con las normas, de rango constitucional y legal, a que se ha hecho referencia, reguladoras del conflicto de intereses, el Congresista que tenga *interés directo en una decisión*, que debe tomar la Corporación a la cual pertenece, *porque lo afecte de alguna manera* debe declararse impedido para participar en sus debates y desde luego en su votación. Y el Congresista, que estando ubicado en los supuestos legales anteriores, no lo exprese y no se declare impedido, incurre en violación del régimen de conflicto de intereses.

“Con fundamento en el anterior marco normativo, el Consejo de Estado ha decidido ocho solicitudes de pérdida de investidura de miembros del Congreso Nacional, en las cuales se ha invocado como causal la violación al régimen de conflictos de intereses, así:

“1. Sentencia del 1º de diciembre de 1993; Expediente AC-632, Consejero Ponente doctor Miguel Viana Patiño. Se precisó que el no registro de los intereses privados en el libro respectivo, a que se refiere la Ley 5ª de 1992, no constituye violación al régimen de conflicto de intereses. La solicitud prosperó por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Algunos Consejeros salvaron el voto y otros lo aclararon.

“2. Sentencia del 20 de enero de 1994, Expediente AC-796, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se precisaron como normas aplicables al conflicto de intereses los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional y 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Con salvamento de voto de los doctores Miren de la Lombana de Magyaroff, Daniel Suárez Hernández, Juan Montes Hernández y Julio César Uribe Acosta. Y aclaración de voto de los doctores Carlos Betancur Jaramillo, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Orjuela Góngora, y Consuelo Sarria Olcos.

“3. Sentencia del 24 de marzo de 1994, Expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate. Allí textualmente se dijo:

““En primer término se refiere la Sala a algunas de las apreciaciones del señor Procurador Tercero Delegado y de la parte impugnante, para expresar que no acoge la tesis de la inhibición en el juzgamiento de los casos de pérdida de investidura por la causal de ‘conflicto de intereses’ por falta de ley que la desarrolle según previsión del artículo 182 de la Constitución.

““El sólo artículo 182 al cual estaban sujetos los Congresistas a partir de la vigencia de la nueva Constitución indica la necesidad de comunicar a la respectiva Cámara, para que ésta decida, las situaciones de carácter económico de índole particular que por oponerse o no acomodarse al “bien común” al cual deben

ajustar su actuación según el artículo 133, los inhibe para participar en el asunto sometido a su consideración. A falta de ley reglamentaria la disposición constitucional podría tener cumplimiento con la simple expresión o manifestación del Congresista para que la Cámara evaluara la situación y decidiera lo pertinente.

“Y el Consejo de Estado para desarrollar su función juzgadora puede apelar en su auxilio a los criterios de la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina, tal como lo autoriza el artículo 230 de la Carta’.

“Esta providencia tuvo salvamento de voto de la doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

“4. Sentencia del 26 de julio de 1994, Expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva. Se aplicó el artículo 182 de la Constitución Nacional y se consideró la Ley 5ª de 1992 como el desarrollo legislativo del mismo. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta y sin salvamentos de voto.

“5. Sentencia de 4 de agosto de 1994, Expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno. Reitera expresamente la tesis sostenida en la sentencia ya mencionada del 24 de marzo de 1994, Expediente AC-1726 y se precisa el concepto de interés directo. Con aclaración de voto de los doctores Joaquín Barreto Ruiz y Julio César Uribe Acosta y estando ausentes los doctores Miguel González Rodríguez, Carlos Betancur Jaramillo, Miren de la Lombana de Magyaroff y Dolly Pedraza de Arenas.

“6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, Expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz. Se fundamenta en los artículos 182 y 183 de la Constitución y en la Ley 5ª de 1992 ‘...que reglamentó lo relativo al conflicto de intereses’ y transcribe su artículo 286. Con aclaración de voto del doctor Julio César Uribe Acosta.

“7. Sentencia del 9 de septiembre de 1994, Expediente AC-1233, Consejero Ponente doctor Yesid Rojas Serrano. Allí se dijo textualmente:

“‘Tampoco la Sala, haciendo uso de su poder de interpretación de la demanda-solicitud, encuentra cuál fue la conducta observada por los senadores demandados constitutiva de quebrantamiento al régimen de conflicto de intereses, *al cual se refieren los artículos 182 de la Carta Política, 276 (sic) de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994*’.

“8. Sentencia del 6 de febrero de 1996, Expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff. Se decidió con fundamento en el artículo 16 de la Ley 144 de 1994.

“La anterior relación permite precisar como, la tesis mayoritaria, reiteradamente sostenida por la Corporación, explícita o implícitamente, ha sido la de considerar que

## SALA PLENA

el régimen de conflicto de intereses se encuentra regulado en los artículos 182 y 183 de la Constitución Nacional, 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994.

“Al reiterar dicha tesis, en esta oportunidad, la Sala precisa que, por lo demás, en relación con los conflictos de intereses en cuestiones de tipo moral, a que se refiere la Constitución Nacional en su artículo 182, ellos no son susceptibles de regular de manera concreta y particular, toda vez que, sólo la persona en su fuero interno y en su conciencia puede saber cuando está interesada moralmente en una decisión legislativa.

“Las anteriores consideraciones hacen que la Sala no comparta el criterio expuesto por el señor Apoderado del Senador Elías Náder, en el sentido de que la solicitud ha debido rechazarse por no existir reglamentación respecto del conflicto de intereses y la tesis del señor Procurador Segundo Delegado, en el sentido de que deben negarse las peticiones del accionante por la misma razón, ya que la Sala, en este aspecto, comparte los criterios expuestos por el doctor Orlando Vásquez Velásquez, Ponente de la Ley 5ª de 1992 en el Senado de la República, atrás transcritos, en el sentido de que la Ley 5ª de 1992 contiene la reglamentación sobre el conflicto de intereses a que se refiere el artículo 182 de la Constitución Nacional.

### “2. La conducta del Senador Jorge Ramón Elías Náder y el régimen de conflictos de intereses.

“Estando comprobada, en el expediente al folio 14 del Cuaderno principal, la calidad de Senador de la República del doctor Jorge Ramón Elías Náder, debe la Sala establecer si se dio la alegada violación del régimen de conflictos de intereses por el Senador Jorge Ramón Elías Náder, con la conducta que se le endilga.

“Afirma, el solicitante, que el Senador Elías Náder violó el régimen de conflictos de intereses, al haber intervenido en la votación de un artículo que se adicionó al proyecto de ley sobre seguridad ciudadana, artículo que pretendía convertir el delito de enriquecimiento ilícito de un delito subalterno, con lo cual se solucionaba la situación en materia penal que tenía el citado senador, por estar siendo investigado por la Corte Suprema de Justicia, y por esta razón se ha debido declarar impedido para votar dicho artículo, explicación que para la Sala resulta suficiente para precisar el concepto de violación del régimen de conflictos de intereses.

“De conformidad con las pruebas allegadas al proceso está comprobado que el Senador Jorge Ramón Elías Náder, asistió a la sesión ordinaria del Senado de la República realizada el día 13 de diciembre de 1995 y contestó a lista. (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, p. 1).

“Igualmente está comprobado que en el orden del día para la sesión de dicha fecha, estaba incluido el ‘Proyecto número 168 Senado y 129 Cámara, por el cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones’. (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, p. 2).

“En la misma Gaceta del Congreso No. 479 en las páginas 15 y siguientes consta la discusión del proyecto y allí, luego de la intervención del Senador Guillermo Angulo Gómez, se leen las proposiciones supresivas de algunos artículos del proyecto y puesto en consideración con las modificaciones mencionadas, es aprobado. En seguida, por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo suscrito por 45 Senadores, el artículo nuevo el cual dice así:

“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

“Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

“Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal con la parte resolutive de la misma.

“Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta’.

“Según el relato de la citada Gaceta del Congreso nadie sustentó el nuevo artículo y se abrió el debate, en el cual no intervino el Senador Jorge Ramón Elías Náder. Sometido el artículo nuevo a consideración fue aprobado por 56 votos a favor y 32 en contra.

“De acuerdo con las actas, y por cuanto la votación, fue nominal puede establecerse claramente que el Senador Elías Náder votó favorablemente el proyecto en cuestión. (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, p. 33).

“La presunta relación de dicho artículo adicional al proyecto, discutido y aprobado por 56 votos en la sesión plenaria del Senado de la República en su sesión del 13 de diciembre, con el delito de enriquecimiento ilícito, alegada por el solicitante, aparece claramente establecida a través de la discusión del mismo en el debate.

“El Senador Luis Guillermo Giraldo en su intervención, durante la discusión dijo:

“... añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia

repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico...'

"... pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el Proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria de hoy; para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura..."

"... Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese Proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables Senadores cuando veo en las curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía: cuando hay inocencia no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Eso se impone por sí solo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para que este Congreso..." (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pp. 18 y 19).

"Mas adelante, el señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento en una de sus intervenciones dijo:

"... pero yo no puedo dejar de hablar de las razones que me permiten a mí afirmar que es una decisión además absurda relacionada con la coyuntura.

"Claro está ya lo dijo el Senador Giraldo, con todo respeto, yo creo que también debo decir lo mismo, pero al mismo tiempo también referirme al tema del enriquecimiento ilícito, sin lugar a duda establecer cómo se estableció la tipificación de este delito, demuestra claro está, falencias, dificultades, deficiencias en la capacidad investigativa del Estado para poder tomar los delitos que generan una gran capacidad económica, esto es absolutamente cierto y a partir de los cuales se estructura una cadena de beneficiarios de ese ingreso y lo vuelvo a repetir hoy, por decirles el delito que no puede ni debe continuar en manos de los delincuentes, yo sigo insistiendo, estamos haciendo un trabajo en ese sentido, esperamos presentarlo en la próxima legislatura, y el país debe avanzar en la debida aplicación del artículo 34 de la Constitución, cuando se habla de la extinción del dominio de los bienes adquiridos en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social es claro.

"Los ingresos provenientes del delito, el secuestro, el delito de subversión, y por qué no decirlo, también del narcotráfico, y de cualquier delito, no puede seguir en

manos de los delincuentes, esto es una inconsecuencia, que tal que todo el fenómeno de la corrupción de la forma como alrededor del erario público se esquilma de todas maneras la riqueza que es de todos, de la sociedad, esas personas que queden con esos dineros puedan de una manera alegre continuar con ese patrimonio adquirido ilegalmente, ilícitamente, delictivamente en virtud de una acción criminal, eso es absurdo, establece el delito del enriquecimiento ilícito esa posibilidad claro está y hay que reconocer la deficiencia, yo no voy a entrar en detalles en cuanto la interpretación, pero sí me llamó mucho la atención y lo dije expresamente, que a raíz de una demanda que se presentara a la Corte Constitucional recientemente la Corte tuvo que, por supuesto, tomar una decisión consecuente con el procedimiento que se ha adoptado porque se estaba demandando un artículo que ya se había demandado, por supuesto en la demanda se establecía que no prosperaba y se transcribían algunos apartes de la decisión adoptada dos años o algo así en el 93, antes atrás, dos años atrás, esta decisión tenía que ver con un artículo, el primero si no estoy mal, del Decreto 1895 del 89, cuando debió establecerse el enriquecimiento ilícito, en aquellas circunstancias tan tremendas del país...’

“... ”

“... yo mismo me he planteado esa duda, pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas...’ (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pp. 22 y 23).

“El Senador Gustavo Espinosa Jaramillo en una interpelación al señor Fiscal, afirmó:

“‘Presidente, señor Fiscal, usted ha vinculado en forma abierta, concreta y muy franca este proyecto de artículo con el tema del narcotráfico y del enriquecimiento ilícito, jurídicamente ha dicho varias inexactitudes, yo me voy a referir a ellas más tarde, ahora quiero hacerle esta pregunta concreta, considera usted que aprobar este artículo interfiere los procesos contra Fernando Botero y contra Juan Manuel Abella, y considera usted que este artículo va a favorecerlos a ellos, puesto que ambos están supuestamente sindicados por enriquecimiento ilícito de particulares?’ (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, p. 23).

“Continuó el señor Fiscal en el uso de la palabra y dijo respecto del artículo nuevo del proyecto en consideración:

“‘a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigacio-

nes yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconvenientes y aun absurda esta decisión en estos momentos...' (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, p. 25).

"El último interviniente en el debate Senador Gustavo Espinosa Jaramillo se refiere a un antecedente personal que califica de monstruosa deformación cuando propuso una reforma al Código de Procedimiento Penal y se le acusó de pretender suprimir el delito de enriquecimiento ilícito de la legislación y expresa que no firmó la proposición del artículo en discusión y en relación con el tema afirma que:

"... por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman el Proceso 8.000, el señor Fiscal no lo ha dicho explícitamente, pero implícitamente dice sí, si se aprueba va a perturbar un poco de esos procesos que están (en) marcha, se está refiriendo es al proceso de Fernando Botero y de Juan Manuel Abella, de eso es que se trata, honorables Senadores, pero por qué se asusta la Fiscalía de que se apruebe este artículo, por qué se asusta de que la ley dé fuerza a la cosa juzgada constitucional, por qué la Corte Constitucional en el 93 y en el 94 se ocupó del enriquecimiento ilícito y dijo cómo se entiende el tipo penal..."

"..."

"Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 o 20 o 30 o 3 congresistas, de esto es de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente; porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía' (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, pp. 33 y 34).

"Surtida la votación, el señor Fiscal interviene y afirma:

"... yo he dicho que advierto consecuencias que pueden afectar los procesos que están en curso y de ser eso así también es posible que se advierta algún conflicto de intereses, de intereses entre los parlamentarios que votaron y ese texto espero que no prospere esa iniciativa...'. (Gaceta del Congreso No. 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, p. 35).

"De acuerdo con los temas analizados en el debate surge claramente que aunque los términos del 'artículo nuevo' se referían al tema general de la cosa juzgada constitucional y de los efectos de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, tal como lo precisan los mismos Senadores y el señor Fiscal, se trataba de dar

fuerza legal a la sentencia de la Corte Constitucional, mediante la cual se declaró ajustado a la Constitucional el artículo 10 del Decreto 2066 de 1991, mediante el cual se adoptó como legislación permanente el Decreto 1895 de 1989, el cual ya había sido declarado exequible por la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de octubre de 1989. Y la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad de la norma que le dio vigencia permanente dijo:

“La expresión ‘de una u otra forma’, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales’. (Sentencia C-127 de marzo 30 de 1993, Corte Constitucional).

“Se encuentra comprobado en el expediente, que el 13 de diciembre de 1995, en la Corte Suprema de Justicia, existían diligencias contra el Senador Jorge Ramón Elías Náder, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito ‘... radicadas bajo los números 10085 y 10739 se refieren a hechos relacionados con el pago de estadía en el Hotel Intercontinental de Cali y recepción de cheques provenientes presuntamente de empresas fachadas al parecer pertenecientes al llamado Cartel de Cali...’

“Las diligencias 10739 fueron remitidas por la Dirección Regional de Fiscalías de Santa Fe de Bogotá.

“Igualmente cursaba otra diligencia con número de radicación 11314 por los presuntos delitos de testaferrato y enriquecimiento ilícito, en la cual se solicitó acreditar calidades como congresista.

“Respecto de dichas diligencias el día 13 de diciembre de 1995, no se había librado ninguna comunicación al doctor Elías Náder notificándole su existencia, ni él había realizado actuación alguna en las mismas.

“Todo lo anterior, según certificaciones de la Corte Suprema de Justicia que obran a folios 46, 47 y 78 del cuaderno de pruebas.

“El senador alega en su defensa que por no existir proceso penal en su contra, en cuanto no se le había notificado formalmente de las diligencias preliminares que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra él, no se encontraba impedido para votar el proyecto de ley y concretamente el ‘nuevo artículo’ tantas veces mencionado.

“A juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido, toda vez que si bien es cierto que procesalmente, en materia penal, la vinculación al proceso para el inculpa-do surge con la indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma

## SALA PLENA

resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

“En el caso de autos, si bien es cierto que no se ha comprobado que el senador hubiera sido notificado y hubiera rendido indagatoria, sí es claro para la Sala que el senador tenía conocimiento de que la Dirección Regional de Fiscalías le ‘había querellado’ ante la Corte Suprema de Justicia, tal como se desprende de la afirmación que hizo en la audiencia pública que se realizó dentro del presente proceso de pérdida de investidura y que aparece en su resumen escrito cuando afirma:

“En mi caso particular, el Fiscal de la Nación conocía de antemano la existencia de las diligencias preliminares que se encontraban radicadas en la Corte Suprema de Justicia, toda vez que fue la misma Dirección Regional de Fiscalías la entidad que me había querellado...’. Se subraya. (Folio 143 c. p.).

“Y que se trataba de diligencias relacionadas con el enriquecimiento ilícito, también era de su conocimiento, y es por eso que cuestiona la actuación del Fiscal por no haberlo recusado, cuando tal como se precisó el debate se refirió expresamente a los efectos buscados con el artículo nuevo respecto del delito de enriquecimiento ilícito.

“El conocimiento que tenía el Senador Elías Náder de la existencia de dichas diligencias en su contra, en la Corte Suprema de Justicia, remitidas por la Fiscalía, por lo demás, era un conocimiento que lo tuvo todo el país, toda vez que los medios de comunicación lo divulgaron en su oportunidad, ya que se trataba de personas que como él tenían una amplia trayectoria en la actividad política.

“Y fue expresa y reiteradamente advertido, durante el curso de los debates en los términos que se han transcrito, de los efectos del artículo en cuestión respecto de su situación en materia penal, todo lo cual indica que se le presentaba un conflicto de intereses, al votar un proyecto de artículo que lo afectaba personalmente, de manera particular y concreta y por ello ha debido declararse impedido.

“Por otra parte, el hecho de que el ‘artículo nuevo’, a pesar de haber sido aprobado por el Senado con el voto del Senador Elías Náder y de otros 55 senadores, no llegara a convertirse en ley, como también está comprobado en el expediente y es alegado por la defensa, no implica el que no se haya violado el régimen de conflictos de intereses, ya que el conflicto surge es en el momento de la votación, para quien tiene un interés en su contenido, porque lo afecta de alguna manera, independientemente de los trámites posteriores, y es por eso que las normas establecen que el congresista debe declararse impedido para intervenir en la votación, no después.

“Ahora bien, el hecho de que el señor Fiscal de la Nación no hubiere recusado al Senador Elías Náder, ni indica que no existieran las diligencias preliminares, ni exculpa al senador de su obligación de declararse impedido, cuando por lo demás, la norma que establece la posibilidad de recusación prevé que quien conozca del impedimento podrá recusar a quien se encuentre impedido y no lo manifieste. (Art. 294 Ley 5ª de

1992). Así que la recusación es voluntaria y aunque el Fiscal lo mencionó de manera general, el hecho de que no hubiera recusado formal y específicamente al Senador Elías Náder, no significa que este no tuviera diligencias preliminares en la Corte (las cuales por lo demás se encuentran debidamente constatadas por certificación que obra en el expediente remitido por dicha Corporación), que no se beneficiara con su voto o que quedara relevado de su obligación de declararse impedido.

### “3. Conclusión

“Así las cosas, si el Senador Jorge Ramón Elías Náder, participó en el debate y votó un proyecto de ley, que lo beneficiaba en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, por remisión de la Fiscalía, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter individual, estrictamente personal en la que tenía interés el senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

“Y por lo tanto quedó incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1° de la Constitución Nacional y 296 numeral 3° de la Ley 5ª de 1992, la cual procede a decretar la Sala”.

Los anteriores criterios son aplicables al caso específico del Senador Armando Holguín Sarria, toda vez que según certificación expedida por la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, “para el momento en que se ordenó la apertura de indagación preliminar el doctor Armando Holguín Sarria ya tenía conocimiento de la misma, según se desprende del memorial cuya fotocopia se anexa, y por el cual dentro del mismo auto se le reconoció personería a su apoderado”. Se subraya. (Folio 48 (sic) del cuaderno de pruebas).

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que según el Acta número 35 correspondiente a la sesión realizada el día miércoles 13 de diciembre del Senado de la República, publicada en la Gaceta del Congreso número 479 del 20 de diciembre, en la página 33 está registrada la votación nominal del artículo en cuestión y allí aparece que el Senador Holguín Sarria, lo votó afirmativamente, conociendo los efectos que dicho artículo tenía en su caso personal, por estar investigado por la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no manifestar su interés y declararse impedido, ya que se trataba de una situación individual en la cual tenía interés personal e implicaba la utilización de su investidura en beneficio particular y por lo tanto la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura.

Con todo respeto.

*Consuelo Sarria Olcos.*

Fecha, *ut supra*.

## CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza / (Salvamento de voto)

En casi una decena de sentencias en que la Corporación ha analizado el tema relativo al conflicto de intereses ha quedado plasmada la tesis ampliamente mayoritaria de que la pérdida de investidura cuando se incurre en el referido conflicto por parte de los congresistas debe ser decretada con apoyo en lo que disponen tanto el artículo 182 constitucional como los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación. Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que el legislador ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones. Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consagración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado “en los debates o votaciones respectivas” sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y de la Ley 5ª de 1992 respectivamente.

**CONFLICTO DE INTERESES / INVESTIGACION PENAL / HECHO NOTORIO / (Salvamento de voto)**

Los señores congresistas que participaron en el debate tuvieron todos, defensores e impugnadores y aun los que permanecieron en silencio durante la discusión, plena conciencia de cual era el fin realmente perseguido con la inclusión del artículo nuevo. Cómo negar, entonces, ante tan categóricas afirmaciones que los Senadores que votaron el proyecto afirmativamente lo hubieran hecho imbuidos por una consideración diferente de interés general y en orden al establecimiento legislativo de una determinada posición doctrinaria, si algunos senadores atacaron el proyecto porque lo estimaban concebido con finalidad soterrada y generador de más desprestigio para el Congreso y otros lo defendieron admitiendo que efectivamente iría a producir el efecto de modificar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito con las consecuencias incidencias en los procesos que adelantaban tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia. Si bien es cierto que procesalmente, en materia penal no puede hablarse de que el inculcado se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal. En el caso de autos es claro para la Sala que el senador tenía conocimiento de que la Corte Suprema de Justicia adelantaba las citadas diligencias ya que ello era de público y notorio conocimiento en la medida en que los medios de comunicación habían informado sobre tales acontecimientos y su relación con el denominado Proceso 8.000. Este conocimiento, por lo demás, tenía la connotación de un hecho notorio y lo tuvo todo el país, toda vez que los medios de comunicación lo divulgaron en su oportunidad ya que se trataba de personas que como él tenían una amplia trayectoria en la actividad política. El conflicto de intereses surge en el momento de la votación, para quien tiene un interés moral o económico en su contenido, independientemente de los trámites posteriores, y es por eso que las normas establecen que el congresista debe declararse impedido para intervenir en la votación, no después.

**SALVEDAD DE VOTO**

Procedo, con el respeto acostumbrado a consignar las razones que me movieron a salvar el voto en la sentencia con la que culminó el presente proceso con cuya decisión no estuve de acuerdo, en la medida en que mi posición era la de que existían

## SALA PLENA

en el proceso suficientes elementos de juicio para decretar la pérdida de investidura solicitada.

Como el suscrito fue ponente en el negocio AC-3301, que tampoco obtuvo la mayoría, y dentro del cual, por circunstancias análogas a las debatidas en este, se solicitaba la pérdida de la investidura de congresista al Senador José Guerra de la Espriella, estimo válidos los razonamientos que en dicha ponencia expuse para fundamentar ahora mi posición disidente, por lo cual procedo a reproducir a continuación los apartes pertinentes de esa no acogida ponencia:

### a) El conflicto de intereses y su régimen legal

Para la Corporación es de claridad meridiana que la exposición del apoderado del senador cuya pérdida de investidura se solicita, así como la del señor Delegado del Procurador General de la Nación, ambas en el sentido de que el Consejo de Estado carece de competencia para decretar la pérdida de investidura de los congresistas cuando se alegue como causal para ello la del conflicto de intereses derivado de inhabilidades éticas o morales, por virtud de que no existe a la fecha un régimen legal que determine en qué casos se presenta dicho conflicto, toda vez que la correspondiente ley a que alude el artículo 182 de la Constitución Política jamás se ha expedido, no tiene ninguna posibilidad de prosperidad por ser tesis contraevidente que no se compadece, en manera alguna, con la realidad de los hechos y las circunstancias de aplicación y desarrollo de esas novedosas instituciones constitucionales.

En efecto, de una parte, es abundante la jurisprudencia que explícita e implícitamente ha elaborado en forma reiterada y casi unánime la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado acerca de la posibilidad de aplicar la institución de la pérdida de investidura en casos de conflicto de interés.

En casi una decena de sentencias en que la Corporación ha analizado el tema relativo al conflicto de intereses ha quedado plasmada la tesis ampliamente mayoritaria de que la pérdida de investidura cuando se incurre en el referido conflicto por parte de los congresistas debe ser decretada con apoyo en lo que disponen tanto el artículo 182 Constitucional como los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992. Tales providencias son:

1. Sentencia del 1º de diciembre de 1993, Expediente AC-632, Consejero Ponente doctor Miguel Viana Patiño.

2. Sentencia del 20 de enero de 1994, Expediente AC-796, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

3. Sentencia del 24 de marzo de 1994, Expediente AC-1276, Consejero Ponente doctor Jaime Abella Zárate.

4. Sentencia del 26 de julio de 1994, Expediente AC-1499, Consejero Ponente doctor Delio Gómez Leyva.

5. Sentencia de 4 de agosto de 1994, Expediente AC-1433, Consejero Ponente doctor Diego Younes Moreno.

6. Sentencia del 23 de agosto de 1994, Expediente AC-1675, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

7. Sentencia del 9 de septiembre de 1994, Expediente AC-1233, Consejero ponente doctor Yesid Rojas Serrano, y

8. Sentencia del 6 de febrero de 1996, Expediente AC-3214, Consejera Ponente doctora Miren de la Lombana de Magyaroff.

Por otra parte es bueno destacar cómo los mismos legisladores que aprobaron la Ley 5ª de 1992 lo hicieron en el convencimiento de que al expedir la Sección Cuarta del Capítulo XI del Reglamento del Congreso, referente al “conflicto de intereses”, que así se denomina dicha sección, no estaban haciendo cosa distinta que dándole desarrollo a la norma constitucional antes mencionada. Por ello, no hay duda de que los artículos 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294 y 295, constituyen el régimen legal (o el desarrollo legislativo) que echan de menos los distinguidos apoderados del demandante y delegado del Procurador General de la Nación.

Por cierto, las anteriores afirmaciones de la Sala resultan tanto más valederas cuando se observa que coinciden en un todo con lo expresado por quien fuera ponente en el Senado de la Ley en comento, el entonces Senador Orlando Vásquez Velásquez, quien a este respecto afirma, luego de haber precisado las causales de pérdida de investidura congresal, entre las cuales menciona bajo el literal c) la de “violación del régimen de conflicto de interés”:

“Estas especiales estimaciones de orden constitucional hacen imperativas la adopción de dos cuerpos legales que brinden la garantía del derecho de defensa suficiente a quienes eventualmente se encuentran incurso en algunas de estas causales: Una ley orgánica, de carácter reglamentaria como la que se examina; y una ley estatutaria, referida a un aspecto de la administración de justicia que adscriba la competencia para el procedimiento aplicable (arts. 151 y 152 ord. 3 C. N.).

“El primer aspecto se desarrolla en la presente ley, dentro de un marco de amplias y seguras garantías constitucionales para el congresista. Y el segundo debe ser materia de debate en el curso de los próximos meses en el Congreso de la República”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> VASQUEZ VELASQUEZ, Orlando. Reglamento del Congreso. Impretécnica Impresores. Santa Fe de Bogotá, 1992, pp. LIV y LV.

## SALA PLENA

Los anteriores razonamientos son suficientes para desestimar las argumentaciones que pretenden inhibir un pronunciamiento de fondo en el caso presente sobre la base de considerar que no existe ley aplicable en la medida en que el conflicto de intereses no ha sido desarrollado legalmente.

De manera pues que la Sala reitera su entendimiento acerca del conflicto de intereses, sobre el cual se permite precisar:

a) Se trata, en el caso de los congresistas, de una institución de raigambre constitucional, como que está establecida en el artículo 182 de la Carta, cuyos desarrollos legislativos, en cuanto a las razones que lo determinan, el procedimiento para su declaración bajo la forma del impedimento o de la recusación, aparecen regulados, como se dijo, en los artículos 286 y siguientes de la Ley 5ª de 1992;

b) El impedimento para que el congresista actúe se presenta por razones de índole moral o económica, tal como lo define, en primer término, el artículo 182 Constitucional y en desarrollo de éste, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, en cuanto expresa que él se presenta “cuando exista interés directo en la decisión porque lo afecté de alguna manera”;

No es de ninguna manera admisible para la Sala el argumento de que en el estado actual de la legislación sólo es posible hablar de conflicto de interés en los congresistas cuando éste se expresa en términos económicos; como mucho menos el de que sólo en la medida en que el legislador tipifique unas prohibiciones precisas de carácter ético podría deducirse impedimento moral. Esto último equivaldría a aceptar que en materia de conflicto de interés de los congresistas impera la ética de que toda está permitido;

Ello no es así;

Tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado, como la doctrina, la expresión del derecho positivo y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia muestran que el conflicto de interés, independientemente del tipo de razón en que se origine (económica, moral, intelectual, etc.) en cuanto prive al juez o al funcionario, en este caso al legislador, de la imparcialidad necesaria para la adopción de la decisión de que se trate, debe ser declarado o, cuando ello no suceda, puesto de manifiesto mediante el expediente de la recusación;

Así las cosas, entiende la Sala que el impedimento y la recusación son los instrumentos idóneos que el legislador ha establecido para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario en el proceso de toma de decisiones.

Estima la Sala, y con ello no se está realizando ningún invento de última hora, que no es necesario, ni conveniente, ni posible, que exista una tabla legal de conductas éticas, que supongan una adecuación típica, para efectos de poder juzgar acerca de la presencia o no de un conflicto de interés por razones de orden moral. Basta la consa-

gración genérica tal como se formula en el artículo 182 de la Constitución o como se plantea en el 286 de la Ley 5ª o como se estructura en la causal primera de impedimento a que se refiere el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil;

Sobre lo anterior ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“La Sala considera, sin necesidad de acudir a elaboradas disquisiciones, que fue acertada la decisión tomada por los Magistrados Sánchez y Velásquez, pues es evidente que existe por parte de los impedidos un interés que bien puede calificarse de intelectual, como que es consustancial a los seres humanos el deseo porque las obras producto de su ingenio trasciendan en el tiempo y en el espacio sin mayores contratiempos o escollos insalvables.

“Procede entonces la causal invocada por unos de los impedidos toda vez que estando demostrado en los autos que los magistrados sí fungieron en alguna medida como coautores en la redacción del Estatuto Aduanero que hoy está en vigor, no puede desconocerse que a quienes participaron en esa labor sí debe interesarles la suerte que corran las instituciones jurídicas que contribuyen a crear.

“Así pues, no es sólo el interés estrictamente personal o el beneficio económico los fenómenos que el legislador ha creído prudente elevar a la entidad de causales de impedimento, sino que dentro del amplio concepto del “interés en el proceso” a que se refiere el numeral 1º del artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, debe entenderse también la utilidad o el menoscabo de índole moral o intelectual que en grado racional puede derivarse de la decisión correspondiente<sup>2</sup>:

c) El conflicto de interés surge o se presenta cuando según la ley “exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera (al congresista), o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho”. Se trata, evidentemente, de una razón subjetiva que torna parcial al funcionario y que lo inhabilita para aproximarse al proceso de toma de decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen;

Desde esta perspectiva, el conflicto de intereses es automático y su declaración es imperativa kantianamente hablando;

d) La presencia del conflicto de intereses no es en sí misma censurable. Por lo general los hombres están expuestos a soportar y a resolver en sus relaciones sociales

<sup>2</sup> Gaceta Judicial. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, D. E., 10 de noviembre de 1987. Magistrado Ponente: Doctor Rodolfo Mantilla Jácome. Acta número 72, de octubre 27 de 1987, p. 463.

## SALA PLENA

y políticas conflictos de intereses de las más variadas características. Lo que es censurable y lo que determina un tratamiento legal, es la forma como el individuo resuelve el conflicto de intereses presentado en frente de una situación concreta. El individuo puede, en efecto, hacer un pacto de paz con su conciencia y admitir la resolución del conflicto aceptando, por ejemplo, que lo que es bueno para el todo lo es también para la parte, aun así no tome una posición determinante en la adopción de la decisión que le favorece; pero puede también advertir, y es su obligación moral y legal hacerlo, que participar en la adopción de la decisión correspondiente, cuando de ella derivaría un beneficio personal particularizado, no sólo contraría normas morales (en cualquier sistema ético) sino que vulneraría disposiciones del derecho positivo (como las que aquí se han citado);

Por ello, para evitar que se de una participación viciada de parcialidad en el proceso de toma de decisiones (judiciales, legislativas, administrativas, etc.), el ordenamiento positivo establece un mecanismo de una gran racionalidad y de una impresionante sencillez: El juez, el legislador, el administrador, que debiendo participar en la adopción de una determinada decisión, llámese sentencia, ley, decreto, acto administrativo, etc., si encuentra que su adopción es susceptible de generarle un beneficio particular específico, debe ser separado de dicho proceso, bien en forma voluntaria porque advertida la inhabilidad, la haga manifiesta mediante la declaratoria del impedimento, ora porque terceras personas, utilizando el mecanismo de la recusación, así lo determinen;

De cualquier forma, cuando la separación no se haga en forma voluntaria, vía la declaración de impedimento, se prevén sanciones de diversa índole para aquellos que fueron recusados y la recusación resultó válida y para quienes participaron en la adopción de la decisión cuando existía el impedimento a que se viene refiriendo la Sala.

Tanto la norma constitucional como la legal son claras en definir que quien esté incurso en el conflicto de intereses se encuentra inhibido para participar en la decisión y “deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”;

Como consecuencia por el hecho de no respetar lo normado constitucional y legalmente sobre conflicto de intereses la Carta de 1991 consagra la sanción de pérdida de investidura;

e) La sanción de pérdida de la investidura prevista en el artículo 183 de la Constitución cuando se origine en la causal de violación del régimen de conflicto de intereses tendrá lugar cuando quiera que el congresista haya participado “en los debates o votaciones respectivas” sin haber manifestado el impedimento que hacía exigible una conducta de abstención, de separación del debate, según lo que previenen los artículos 182 y 286 de la Constitución y de la Ley 5ª de 1992 respectivamente;

b) Los hechos del 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República

El asunto a consideración de la Sala dice relación con un supuesto conflicto de intereses en que pudo haber incurrido el Senador José Guerra de la Espriella por razón de haber participado y votado en el debate que se realizó el día 13 de diciembre de 1995 en el Senado de la República.

Para la Sala es de vital trascendencia, con el fin de hacer claridad acerca de los supuestos fácticos que sirven de base al solicitante de la desinvestidura para fundamentar sus argumentos tendientes a demostrar que el citado senador incurrió en el conflicto de intereses que debe sancionarse de la manera pedida, así como para analizar la validez de los que esgrime la parte demandada en procura de demostrar que tal conflicto no se presentó, revisar a la luz de lo acontecido en la Sesión Plenaria del 13 de diciembre de 1995, la actuación de los senadores que participaron y votaron en uno u otro sentido, el artículo nuevo que se cuestiona.

¿Qué era lo que en realidad se perseguía con la inclusión del referido artículo nuevo suscrito por 45 senadores con respecto al tema de la obligatoriedad de la doctrina constitucional asimilada a cosa juzgada constitucional implícita?

El solicitante afirma que se buscaba incidir en los procesos en curso que por enriquecimiento ilícito adelantaba la Corte Suprema de Justicia contra algunos senadores y dirigentes políticos colombianos.

El apoderado del demandado, por el contrario, niega que esa hubiera sido la finalidad y junto con el delegado de la Procuraduría General de la Nación expresa que de lo que se trataba era, simplemente, de hacer explícita en un texto legal una doctrina constitucional que obraba en sentencia de reciente data.

Igualmente ante afirmaciones como la de que el senador cuya conducta ahora se juzga en este proceso se limitó a cumplir con su deber de congresista y que aunque estuvo presente en el debate, no participó en él y que su actuación se limitó a emitir un voto favorable a la iniciativa cuestionada, o a la de que no puede pensarse que el referido senador estuviera enterado de cuáles eran los efectos que podría tener en las investigaciones penales en curso la aprobación del popularmente llamado “narcomico”, es indispensable adentrarse en los pormenores del debate en cuestión con el ánimo de indagar, en cuanto las actas lo permitan, la realidad de lo sucedido.

A ello procede la Sala con fundamento en lo que narra el Acta número 35 de la sesión ordinaria del día miércoles 13 de diciembre de 1995, publicada en el número 479 de la Gaceta del Congreso correspondiente al 20 de diciembre de 1995.

En la misma Gaceta del Congreso número 479 en las páginas 15 y siguientes consta la discusión del proyecto y allí, luego de la intervención del Senador Guillermo Angulo Gómez, se leen las proposiciones supresivas de algunos artículos del proyecto y puesto en consideración con las modificaciones mencionadas, es aprobado.

## **SALA PLENA**

En seguida, por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo suscrito por 45 senadores, el cual dice así:

“La doctrina constitucional adoptada en la sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

“Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

“Segundo, cuando la parte emotiva (sic) de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal con la parte resolutive de la misma.

“Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta”.

El debate se inicia, con la intervención del Senador Motta Motta en defensa del proyecto de artículo nuevo y con la del señor Ministro de Justicia en la que formula reparos de orden constitucional a la iniciativa; prosigue con intervenciones de diversos senadores, entre las cuales la Sala destaca las siguientes, que de alguna manera contribuyen a dilucidar los interrogantes que anteriormente se dejaron planteados:

### **Palabras del honorable Senador Luis Guillermo Giraldo Hurtado:**

Ya desde el comienzo de su intervención el senador plantea su inquietud no solo por la forma intempestiva como se presentó el proyecto en la plenaria, sino por sus posibles relaciones con las investigaciones que se adelantan sobre dineros que se utilizaron en las elecciones y que pudieron provenir del narcotráfico. Expresó el orador:

“...por lo menos consten las palabras de un senador que se opuso a este artículo nuevo añadido y según mi concepto artificiosamente añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de la justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría (sic) en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico” (p. 18).

Para a renglón seguido plantear de manera clara, expresa y categórica que debe establecerse plenamente la relación existente entre la norma propuesta y el Proceso 8.000:

“... y hablemos claro honorables senadores y yo voy a concluir mi intervención señor Presidente y pido que le dé la palabra al señor Ministro, pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriría con lo que inicialmente se conoce como el Proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria hoy: para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura, porque dándome el principal mea culpa, yo sí que me arrepiento porque me los señalaron oráculos más altos que mi duelo (sic) ciertos textos que voté aquí en la legislatura pasada relacionados con el procedimiento penal y que sólo sirvieron para amparar narcotraficantes, pero bajo ese velo ahí la que sufre es la justicia colombiana porque es la que se encuentra coja y manca para aplicar el derecho penal sustantivo a quienes violan la ley penal colombiana, porque le voy a preguntar señor Ministro; si en la coyuntura que está viviendo el país la aprobación de este texto tiene algunas consecuencias, para que lo votemos sabiendo cuáles son las consecuencias de coyuntura inmediata cada uno de los senadores y para que no digamos como digo yo en relación con otros textos que aprobé aquí, desafortunadamente le di fe a quienes me lo explicaron, a quienes me dijeron que eso serviría para que los carteles se entregaran, para que hubiera reconciliación, para que no hubiera más actos terroristas en el país y desafortunadamente fallamos, porque lo que vemos, es que la que quedó coja y manca repito, es la justicia colombiana” (p. 19).

Y en cuanto a la inconveniencia e inconstitucionalidad de hacer obligatoria la doctrina constitucional de la Corte expresó:

“No me venga a decir a mí que la Corte Constitucional puede casi que establecer parámetros constitucionales en las partes motivas de sus fallos; la Constitución dejaría de ser este pequeño libro, que a muchos les parece un libro bastante grueso, para convertirse en casi todos los tomos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pero además, le estaríamos dando la facultad para que modificara la Constitución y legislara esto sería, ahí sí decir que dentro de esta galería de eunucos a los cuales se refirió en una oportunidad el señor Ministro de Justicia, el más eunuco entre los eunucos y el que se constituye un auto eunuco es precisamente el Congreso de la República porque aquí estamos aplicando (sic) de nuestra capacidad de legislar y le estamos diciendo mediante un proceso aprobado por las dos Cámaras si llegare a pasar en las dos cámaras, a la Corte Constitucional, legisle esto es suyo” (p. 19).

Pero todavía de manera más explícita, el orador que impugna el proyecto cuestionado, se dirige a sus colegas que pudieran estar vinculados al Proceso 8.000 para señalarles que el artículo en cuestión los puede favorecer y que si son inocentes no deberían aceptar una amnistía y llama la atención de que podría estarse legislando con nombre propio. Dijo el Senador Giraldo:

“...yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en este Proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes, deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables senadores cuando veo en las curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía; cuando hay inocencia, no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Esto se impone por sí solo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso cuyo prestigio desafortunadamente está descaecido” (p. 19).

Para finalizar su intervención con la siguiente admonición sobre las consecuencias que traería para el Congreso la aprobación de una iniciativa como la propuesta:

“...pero este ciertamente no es el canal para llegar a la opinión pública y mucho me temo que la oleada de la opinión al aprobar este texto cuando los medios de comunicación se lo expliquen en sus consecuencias y cuando nos lo explique aquí el señor Ministro de Justicia, la oleada va a ser tal que va a arrollar la opinión pública al propio Congreso, va a pedir inclusive al (sic) cierre de este Congreso, no nos va a tolerar que en momento tan decisivo para la Nación en donde están en juego tantas investigaciones estemos legislando para la coyuntura” (p. 19).

#### **Palabras del honorable Senador Eduardo Pizano de Narváez:**

La intervención del Senador Pizano también se orienta a llamar la atención sobre la trascendencia que tiene el artículo propuesto y sobre las repercusiones que sobre el país y la imagen del Congreso arrojaría tal actuación, para finalizar anunciando su voto negativo y el de los senadores de la Nueva Fuerza Democrática.

“...y yo sí quisiera llamarle la atención a todos los senadores que están presentes en el día de hoy para que sepan que con el voto que configuren en el día de hoy se está jugando el futuro de esta institución que es el Senado de la República, no crean que es cualquier artículo adicional el que se está jugando en el día de hoy, es el futuro de la institución que todos representamos, que todos vinimos aquí al Congreso a trabajar por los intereses de la Nación y que lo que se vote en el día de hoy va a tener unas grandes repercusiones sobre el país, sobre la imagen del Congreso y sobre sus actuaciones y yo por eso le pido a cada uno de los senadores que se pongan la mano en el pecho y piensen muy claro qué es lo que van a votar en el día de hoy porque no es cualquier cosa que se vote en el día de hoy, me da mucha tristeza decirlo, pero yo quisiera y veo con tristeza que ninguno de los senadores que propusieron la proposición venga a defenderla y venga y nos

plantee por qué razón indudablemente se quiere cambiar el espíritu de la Constitución en la forma como se está pretendiendo en el día de hoy” (p. 20).

**Palabras del señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento:**

En este rastreo que hace la Sala para determinar qué tanto nivel de conocimiento, qué tanta información se analizó en el debate respecto de las consecuencias, alcance, finalidades y trascendencia del proyecto, y sobre todo, qué relación pudiera directa o indirecta pudiera tener el artículo discutido con las investigaciones por delitos de enriquecimiento ilícito, llama la atención de la Sala el siguiente aparte de la intervención del señor Fiscal, en el cual, inclusive apelando a ejemplos sobre casos concretos expone su opinión sobre las que serían los efectos que sobre tales investigaciones tendría la aprobación del denominado “narcomico”, en la medida en que dejar de considerarse el enriquecimiento ilícito como delito autónomo. En efecto, dijo a este respecto el Fiscal:

“...pero por supuesto que el delito en sí mismo, este delito es autónomo, debe ser considerado como un delito autónomo precisamente porque así se concibió y porque esas fueron las circunstancias, repito, las deficiencias investigativas para establecer la verdad en la realidad de la comisión de unas conductas delictivas”.

“Pero hay otras circunstancias muy interesantes que también deben ser consideradas, por ejemplo, en el caso de la prescripción, y me refiero por ejemplo al señor Ledher, es muy curioso, prescribió la investigación contra él claramente demostrado la comisión de ese delito, pero bueno, como no se pudo probar entonces todos los que se enriquecieron y todos los testaferros de Ledher, quedan libres.

“Este sería el caso de aprobarse este artículo, no, eso es un imposible, eso sería absurdo...”.

...

“...de aprobarse este artículo, bueno quien quita que a alguien se le ocurriera para librarse de unas investigaciones, mandar a liquidar a esa persona, eso no lo quiero ni pensar, pero es una atrocidad, y puede ser así porque es la manera de librarse del delito, ¿de cuál delito? Del enriquecimiento ilícito por ejemplo, no, esto es absurdo, yo creo sinceramente que se cometería un gran error de aprobarse este artículo...” (p. 23).

Posteriormente y para responder una pregunta que le formulara el Senador Jaime Dussán Calderón en el sentido de si el artículo propuesto “lo que quiere decir es que pone en la calle a todas las personas que en este momento están presas y se están investigando”, respondió de la siguiente manera:

“Pero no puedo yo llegar a pronunciarme sobre unos efectos que, Senador Espinosa, francamente sólo se podrán establecer en la medida en que las normas y la Constitución nos obligan a actuar dentro de ese Estado de Derecho y las normas vigentes tendrán que aplicarse a un artículo como esto si tiene vigencia se tendrá que aplicar y eso tendrá el efecto, yo no me refiero a eso, pero que afecta el curso de muchas investigaciones yo sí creo; eso lo han dicho personas que me han antecedido en el uso de la palabra y esa es una de las razones por las cuales considero inconveniente y aún absurda esta decisión en estos momentos” (p. 25).

**Palabras del honorable Senador Carlos Eduardo Corsi Otálora:**

También es de significación la oposición expresada por este senador cuando plantea sus dudas acerca de la constitucionalidad del proyecto de artículo nuevo y anuncia su voto negativo:

“Gracias señor Presidente, la verdad es que es un artículo que acabo de conocer y leyéndolo con cuidado me doy cuenta que si se ha de discutir alguna vez este artículo, debe ser primero que todo en la comisión y con un debate muy abierto, con expertos en la materia y no ahora, ahora debe negarse, veo que lleva implícito un cambio en la estructura jurídica del derecho que ha regido al país nosotros tenemos una estructura del Derecho Romano que a través del francés y del español es el colombiano”.

...

“...de manera que anuncio mi voto negativo y le pido al Congreso pues que no nos embarquemos en esta aventura sin saber bien en qué estamos” (p. 27).

**Palabras del honorable Senador Mario Uribe Escobar:**

El Senador Mario Uribe Escobar interviene en defensa de la constitucionalidad y de la conveniencia del artículo en discusión y censura a quienes lo atacan diciendo:

“... y yo hago esa claridad porque sería inadmisibles que pretendiera satanizarse al Congreso, pensando que se propuso una norma que tiende a favorecer narcotraficantes que, y si no díganlo, díganlo y díganlo con toda libertad, porque aquí queremos proceder con absoluta transparencia” (p. 31).

**Ante lo cual interpela el Fiscal General, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento para responder que:**

“Yo lo que he dicho es que frente a la situación actual de muchos procesos, este tema y este artículo sí los afecta, sí los afecta, indiscutiblemente honorable sena-

dor, claro por lo que se busca, por el interés de hacer valer una disposición y lo dije yo de la Corte Constitucional y yo también me refería a ese antecedente, también por el cual, ese artículo se había establecido y yo sí lo he dicho que este artículo en esta coyuntura me parece a mí, absolutamente inconveniente y además absurdo, yo lo expliqué de esa manera, o sea si se trata de hablar claramente pues yo no solamente hablé claramente en ese entonces cuando hice mi exposición, sino habló (sic) ahora, sí lo afecta” (p. 31).

**Nuevamente en el uso de la palabra el Senador Mario Uribe Escobar expresa que:**

“...yo voy a terminar mi exposición señalando lo siguiente, yo me retiro tranquilo de este estrado, porque no es este Congreso el que pretende favorecer a los narcotraficantes, tal vez se pueda inferir de sus palabras que es la Corte Constitucional la que quiere favorecer a los narcotraficantes y señor Ministro, usted tiene por allí por favor el texto de la sentencia que estoy aludiendo, si es tan amable usted me disculpa, puede ser la Corte Constitucional la que quiere favorecer narcotraficantes allá ellos, es una sentencia que dice, yo supongo que es a esto a lo que se refiere el señor Fiscal, es una sentencia en relación con el Decreto 1895 tal que dice, ...” (p. 31).

**Palabras del honorable Senador Gustavo Espinosa Jaramillo:**

Es esta para la Sala, sin lugar a dudas la intervención que más claramente responde a los interrogantes que deben despejarse sobre el conocimiento que los senadores tenían del propósito y de los efectos reales y verdaderos de la iniciativa que estaba debatiéndose y por ello se transcribe casi en su integridad:

“...por qué han vinculado el tema con el narcotráfico, por qué lo vinculan con el enriquecimiento ilícito, por qué lo han vinculado con ese conjunto de procesos que llaman el Proceso 8.000, el señor Fiscal no lo ha dicho explícitamente pero implícitamente dice si, si se aprueba va a perturbar un poco de procesos que están (sic) marcha, se están refiriendo es al proceso de Fernando Botero y de Juan Manuel Abella, de eso es que se trata, honorables senadores, pero por qué se asusta la Fiscalía de que se apruebe este artículo, por qué se asusta de que la ley dé fuerza a la cosa juzgada constitucional, por qué la Corte Constitucional en el 93 y en el 94 se ocupó del enriquecimiento ilícito y dijo cómo se entiende el tipo penal”.

...

“...pero la Fiscalía le dice al país, es un delito autónomo; qué importancia tiene que la Fiscalía hable, obre, actúe y tome decisiones contra el texto expreso de la ley, pues que la Fiscalía está aplicando de manera irregular, arbitraria y perversa el tipo penal de enriquecimiento ilícito, y lo está haciendo para poder justificar este extraño torbellino en que metió a todo el país, porque tendría que probar

primero la conducta antecedente o en otro proceso o en el mismo proceso en la misma sentencia, pero primero tiene que establecer cuál es la actividad ilícita antecedente que genera los recursos con los cuales se incrementa en forma injustificada el patrimonio del particular o del funcionario público cuando se trata del caso anterior.

“El pánico que siente la Fiscalía de que se le dé el respaldo por la ley a la cosa juzgada constitucional, es que no puede seguir incurriendo en esta arbitrariedad; de leer de manera perversa a la ley, y aplicar caprichosamente un tipo penal tan peligroso que cuando se discutió en el Proyecto de Código Penal, los mismos miembros de aquella comisión en el año 78 dijeron que era un tipo penal muy peligroso...”.

...

“Lo que ocurre señores, es que la Corte Constitucional está quedando como rey de burlas, cuando ella interpreta como cosa juzgada una norma constitucional, una norma legal que por algunas circunstancias tiene que interpretar, significa que cuando lo hace con fuerza de cosa juzgada constitucional, no puede haber otra interpretación, y que el juez o magistrado o fiscal que obre contra esa interpretación, prevarica, porque no puede haber otra interpretación, porque ella es guardiana de la ley, pero no es guardián del texto literal de la ley”.

...

“...se ha dicho pues con el valor y la claridad que se debiera decir, es que la Corte ha dicho que se trata de un tipo penal muy peculiar que en el funcionario público es subsidiario y que en el caso del particular es conexo, es derivado de, a consecuencia de, y hay personas que sin haberseles demostrado que están conexos con la actividad del narcotráfico, sin haber probado que los dineros que recibieron o manejaron vienen del narcotráfico están en la cárcel y quizás van a ser condenadas por una interpretación arbitraria, abusiva irregular y perversa de la norma que contiene el tipo penal llamado enriquecimiento ilícito” (p. 32).

“De lo que se trata pues, es decir la verdad, no podemos enfrentar debates como lo hace el señor Fiscal, hablando por las ramas, insinuando, haciéndose casi el inocente y el que no entiende lo que está haciendo su propia Fiscalía, por eso yo le pregunté, ¿cree que lo que va a hacer aquí beneficia a Fernando Botero y a Juan Manuel Abella? yo creo que sí porque tendrían la obligación de respetar la cosa juzgada constitucional y por lo menos tendrían que darle la libertad mientras la investigación sigue, se perfecciona la investigación, se reúne la prueba y se demuestra la existencia del delito antecedente, de la conducta criminal que produjo los recursos que según ellos han incrementado el patrimonio”.

...

“...porque esto de la Fiscalía es decir como dijo uno de los funcionarios de la Fiscalía, si demostramos que recibieron un peso de narcotraficantes lo vamos a condenar, van a la cárcel, si les demostramos que les pagaron una cuenta de hotel, eso es enriquecimiento ilícito, porque como no pagaron la cuenta no se empobrecieron, luego se enriquecieron, pero la norma habla es de incremento patrimonial, tiene que crecer el patrimonio y la Corte Constitucional ha dicho que tiene que ser un incremento considerable”.

...

“...porque es muy fácil decir que cuando el político recibe un aporte de una sociedad discutida es delito; pero y el resto de la chequera qué le pasó, que las sociedades por café (sic) tenía una chequera de 50 cheques y un cheque fue para pagarle servicios públicos a Empresas Municipales de Cali, otro para pagar unos muebles, otro para pagar empleados, otro para pagar un arquitecto y otro para darle un auxilio de campaña política al grupo de Manuel Francisco Becerra que lidera Gustavo Espinosa en el Valle del Cauca, pues los 50 cheques, hay uno donde el cheque es delito, el que giraron para el grupo político de Manuel Francisco Becerra que coordinaba Gustavo Espinosa. ¿Por qué los demás no son delitos? porque aquí el Fiscal insinúa que hay receptación, que puede haber receptación en quienes reciben estos dineros y entonces los otros 49 cheques no son receptación, no aseguran el resultado, el producto de la comisión de un delito, no son enriquecimiento ilícito...”.

...

“La falta de valor y de jurisdicción a tiempo, permitió que un conflicto ético porque admito que sí es un conflicto ético, y a mí me castiga ese conflicto ético, permitimos que un conflicto ético se volviera un inmenso problema político, de tal magnitud que casi no hay colombiano que no esté convencido que los políticos cometen delitos cuando saludan a un narcotraficante o cuando reciben ayuda económica de un presunto delincuente condenado, o delincuente investigado; o delincuente buscado; es que a veces montan la opinión pública en un carrusel de tal intensidad de mentiras y de y de deformación de los tipos penales que le hacen creer al país en leyes inexistentes, en tipos penales que no existen y le hacen creer en tipos penales leídos de mala fe, interpretados en forma perversa y aplicados en forma maligna para buscar efectos políticos”.

“Porque aquí lo que está pasando, lo que nadie se atreve a decir es que lo que la Fiscalía busca es destruir el poder, tumbar el poder, tumbar al Presidente, tumbar al Contralor, tumbar al Procurador, y meternos a la cárcel a 15 o 20 o 30 o 3 congresistas, de esto es que de lo que se trata, querían la verdad y esa es la verdad y es lo que tenemos que enfrentar; y resulta que todo esto va a quedar en

## SALA PLENA

la impunidad si este artículo se aprueba, si eso es así, significaría que todo lo que tiene montado la Fiscalía tiene base deleznable y pobre jurídicamente; porque si la Fiscalía no resiste confrontación con la jurisprudencia sabia y científica de la Corte Constitucional, entonces jurídicamente no existe la Fiscalía.

“Y lo que hay es una trama, un engaño al país, si la Fiscalía resiste jurídicamente el examen de lo que está haciendo, entonces que pase el artículo; porque de lo que se trata aquí es de darle a la Corte Constitucional fuerza suficiente para que se haga guardiana de la Constitución, aquí no se va a reproducir ninguna norma, por lo tanto no estamos violando, ni el 243, ni el 248, ni el 230, se trata de darle fuerza legal a la cosa juzgada constitucional, para que la Corte Constitucional no siga siendo un rey de burlas, y para que sepa la Fiscalía y los jueces y la Sala Penal de la Corte Suprema de este país, que tienen que respetar la ley, que tienen que aplicar los tipos penales, como están escritos y que la interpretación de la Corte Constitucional es la madre de la jurisdicción de este país; que tiene que tener cabeza, que tiene que tener un eje, no puede estar la ley sometida al vaivén de interpretaciones caprichosas y deformantes de los tipos penales” (p. 33).

Terminada la exposición del Senador Espinosa Jaramillo, la Presidencia cerró la discusión, según refiere el acta, y preguntó a la plenaria si aprobaba el artículo propuesto, a lo cual se respondió que sí por una mayoría que verificada mediante votación nominal resultó de 56 votos afirmativos contra 32 negativos.

Empero, aprobado el artículo de marras, el debate continuó tal como describe la situación el acta correspondiente y llama la atención de la Sala el siguiente aparte de la misma:

“Por Secretaría se da lectura a un artículo nuevo.

“Lo suscriben los mismos honorables Senadores que suscribieron el anterior, dice así:

“Cuando un tipo penal exija como elemento para la configuración de la conducta típica, la realización de actividades delictivas o contravencionales, previas por parte de un tercero, éstas deberán haber sido declaradas previamente mediante sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada, lo dispuesto en el inciso anterior se aplicará desde el momento de la iniciación de las investigaciones preliminares, bien sea que se trate de delitos o contravenciones, está leído el artículo señor Presidente”.

“La Presidencia pregunta quién de los Senadores que suscribieron ese artículo lo sustenta”.

“La Presidencia, por no encontrar quién lo sustente, no lo pone a consideración de la plenaria” (p. 34).

Finalmente es bueno transcribir el siguiente párrafo de la última intervención del señor Fiscal General de la Nación, doctor Alfonso Valdivieso Sarmiento, el cual podría tenerse como una síntesis de lo ocurrido en el debate celebrado en el Senado el 13 de diciembre pasado:

“Señor Presidente, honorables senadores; ante la decisión que se ha adoptado en esta tarde; yo quiero manifestar expresamente que me parece francamente absurda, que me parece muy grave en este momento, yo he dicho que advierto consecuencias que pueden afectar los procesos que están en curso y de ser así también es posible que se advierta algún conflicto de intereses, de intereses entre los parlamentarios que votaron y ese texto espero que no prospere esta iniciativa, pero de aprobarse en el Congreso de la República, desde ahora le solicito al señor Presidente, que objete esa decisión”.

...

“...pero el artículo que se presentó del cual he pedido copia y que no se dejó copia suscrito por las mismas personas, el que se aprobó, me demuestra a mí que la intención era bien distinta a la que se dijo aquí de manera expresa...”  
(p. 35).

Las transcripciones anteriores permiten a la Sala concluir sin vacilación alguna que los señores congresistas que participaron en el debate tuvieron todos, defensores e impugnadores y aun los que permanecieron en silencio durante la discusión, plena conciencia de cuál era el fin realmente perseguido con la inclusión del artículo nuevo. Es más, de la exposición del Senador Espinosa Jaramillo no puede quedar duda que efectivamente, el hecho de elevar a la condición de obligatoria la doctrina constitucional de la Corte Suprema de Justicia buscaba justamente generar efectos inhibitorios, suspensivos o dilatorios en relación con los procesos y las investigaciones que adelantaban la Corte Suprema de Justicia y la propia Fiscalía General en materia de enriquecimiento ilícito.

Cómo negar, entonces, ante tan categóricas afirmaciones que los senadores que votaron el proyecto afirmativamente lo hubieran hecho imbuidos por una consideración diferente de interés general y en orden al establecimiento legislativo de una determinada posición doctrinaria, si algunos senadores atacaron el proyecto porque lo estimaban concebido con finalidad soterrada y generador de más desprestigio para el Congreso y otros lo defendieron admitiendo que efectivamente iría a producir el efecto de modificar la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito con las consecuentes incidencias en los procesos que adelantaban tanto la Fiscalía como la Corte Suprema de Justicia.

Cómo ignorar lo que todo el país estupefacto e indignado repudió con el movimiento de opinión más serio, unánime y eficaz de que se tenga noticia en los últimos años.

## SALA PLENA

### c) El caso concreto

Se encuentra comprobado en el expediente, que el 13 de diciembre de 1995, en la Corte Suprema de Justicia, existían diligencias “adelantadas en contra del doctor José Guerra de la Espriella”, Senador de la República, ...así:

“1. Rad. 10.024 Unica Instancia, denuncia formulada por Alberto Urzola Pérez, por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, el 23 de noviembre de 1994 se repartió al honorable Magistrado doctor Nilson Pinilla, el 16 de enero de 1995 ordenó diligencias previas. En preliminares.

“2. Rad. 10.470 Unica Instancia, denunciante de oficio, diligencias remitidas por la Secretaria Colectiva de la Dirección Regional de Fiscalía, por el presunto delito de testaferrato, el 26 de abril de 1995 fue repartido al honorable ex Magistrado doctor Jorge Enrique Valencia Martínez, hoy reemplazado por el honorable Magistrado doctor Carlos Augusto Galvez Argote, el 3 de mayo pasado se ordena práctica de diligencias previas. En preliminares”.

Todo lo anterior, según certificación de la Corte Suprema de Justicia de febrero 19 de 1996 que obra a folios 104 y 105 del expediente.

El senador alega en su defensa que no existía proceso penal en su contra, en cuanto no se le había notificado formalmente de las diligencias preliminares que la Corte Suprema de Justicia adelantaba contra él, ni se le había vinculado formalmente mediante indagatoria, ni conocía el contenido de las referidas diligencias, razón por la cual no se encontraba impedido para votar el proyecto de ley y concretamente el “nuevo artículo” tantas veces mencionado.

A juicio de la Sala dicho argumento no resulta válido, toda vez que si bien es cierto que procesalmente, en materia penal no puede hablarse de que el inculpado se halla vinculado a un proceso mientras no sea oído en indagatoria, para efectos de establecer si se desconoció el régimen de conflicto de intereses, lo que debe establecerse es si el senador, quien votó un proyecto de ley y concretamente un artículo, sabía que con la aprobación de dicha norma resultaba beneficiado porque tenía diligencias preliminares en curso en la Corte Suprema de Justicia, sin que se pueda exigir como requisito indispensable la vinculación formal y la existencia de un proceso penal.

En el caso de autos es claro para la Sala que el senador tenía conocimiento de que la Corte Suprema de Justicia adelantaba las citadas diligencias ya que ello era de público y notorio conocimiento en la medida en que los medios de comunicación habían informado sobre tales acontecimientos y su relación con el denominado Proceso 8.000.

Este conocimiento, por lo demás, tenía la connotación de un hecho notorio y lo tuvo todo el país, toda vez que los medios de comunicación lo divulgaron en su oportu-

nidad ya que se trataba de personas que como él tenían una amplia trayectoria en la actividad política.

Y fue expresa y reiteradamente advertido, durante el curso del debate del 13 de diciembre en los términos que se han transcrito, incluso con análisis de los efectos que el artículo en cuestión tendría respecto de las investigaciones en curso.

Estima la Sala que el episodio de nuestra historia política y judicial presente, denominado Proceso 8.000, es tal vez el acontecimiento que ha generado la mayor cantidad de información de que se tenga noticia en los últimos años por lo que ante la notoriedad de que están revestidos los hechos y circunstancias que lo conforman, las investigaciones que se adelantan, los posibles delitos que se imputan a los involucrados, no es dable escudarse en un tecnicismo procedimental para alegar un supuesto desconocimiento de tales realidades fácticas. Lo anterior se compadece plenamente con el concepto de notoriedad que según la doctrina alemana expone el tratadista Hernando Devis Echandía cuando refiere que:

“Rosemberg define los hechos notorios como ‘los conocidos en un círculo mayor o menor por una multitud discrecionalmente grande o que fueron perceptibles en las mismas condiciones, en tanto que también los conozca el tribunal’, y pone estos ejemplos: los sucesos históricos o políticos y sus consecuencias, en particular para la vida económica, que difunden los periódicos...”<sup>3</sup>.

Por otra parte, el hecho de que el “artículo nuevo”, a pesar de haber sido aprobado por el Senado con el voto del Senador José Guerra de la Espriella y de otros 55 senadores, no llegara a convertirse en ley, como también está comprobado en el expediente y es alegado por la defensa, no implica el que no se haya violado el régimen de conflicto de intereses, ya que el conflicto surge en el momento de la votación, para quien tiene un interés moral o económico en su contenido, independientemente de los trámites posteriores, y es por eso que las normas establecen que el congresista debe declararse impedido para intervenir en la votación, no después.

En conclusión, para la Sala es claro que si el Senador José Guerra de la Espriella, participó en el debate votó favorablemente un proyecto de ley, que lo beneficiaba en cuanto afectaba las diligencias preliminares que por enriquecimiento ilícito se adelantaban en su contra en la Corte Suprema de Justicia, incurrió en violación del régimen de conflicto de intereses, en cuanto desconoció las normas que establecen que en dicha situación el congresista debe informar su interés y declararse impedido, toda vez que se trataba de una situación de carácter particular, estrictamente personal en

<sup>3</sup> DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Tomo I. Cuarta Edición 1993. Biblioteca Jurídica Diké. Medellín, p. 222.

## SALA PLENA

la que tenía interés el senador y que significó utilizar su investidura para beneficio particular.

Por lo tanto quedó incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 183 numeral 1° de la Constitución Nacional y 296 numeral 3° de la Ley 5ª de 1992, la cual procede a decretar la Sala”.

Como al comienzo se dijo que las circunstancias que rodeaban estos procesos eran similares, debo concluir que mi voto en el sentido de que el Consejo de Estado ha debido despojar de su investidura de Senador al doctor Armando Holguín Sarria está plenamente justificado.

Atentamente,

*Guillermo Chahín Lizcano.*

## **- CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES (Salvamento de Voto)**

Al no determinar la norma legal casuísticamente las situaciones que puedan poner en movimiento el conflicto, ha de concluirse necesariamente que dicho precepto comprende toda la gama de intereses, de naturaleza moral, en las que el congresista pueda hallarse involucrado. El conflicto mencionado nace a la vida jurídica cuando el congresista participa en el trámite o votación de un asunto en el que tenga interés directo, corresponde ahora determinar si el interés del Senador cuya investidura se cuestiona tenía relación con el proyecto de artículo de ley votado por el Senado de la República el día 13 de diciembre de 1995. Contra el Senador cuestionado cursa en la Corte Suprema de Justicia una indagación preliminar por el posible delito de enriquecimiento ilícito, abierta el 26 de mayo de 1995. El Senador participó en la sesión y votó el proyecto de artículo que eventualmente podía favorecerlo en las indagaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia. En el curso del debate del proyecto de artículo se puso de presente la incidencia que la aprobación de dicha norma podía tener en las indagaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia en materia de enriquecimiento ilícito respecto de algunos congresistas.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

El suscrito Consejero de Estado se permite exponer muy brevemente las razones que sirvieron de fundamento a su disentimiento con respecto a lo decidido por la Corporación en su sentencia de marzo cinco (5) de mil novecientos noventa y seis (1996), por medio de la cual se denegó la solicitud de pérdida de la investidura de Congresista del Senador Armando Holguín Sarria. Esas razones fueron las siguientes:

1. Previsto el conflicto de intereses en el artículo 182 de la Constitución Política, cuando se establece que los congresistas tienen la obligación de "... poner en conocimiento de la respectiva cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración...", la Ley 5ª de 1992 lo reguló en su artículo 286, al prescribir allí que "Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión por que le afecte de alguna manera, o a su

cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas”, siguiendo los términos del artículo 291 del mismo texto legal. Luego la Ley 144 de 1994 se refirió de manera amplia al conflicto de intereses de carácter económico, pero sin que ello signifique, de manera alguna, que los elementos aportados por la Ley 5ª para estructurar el conflicto de intereses en el campo moral hayan perdido su vigencia, o no sean suficientes como elementos de juicio para que el juez haga operar la prohibición constitucional.

De otra parte, al no determinar la norma legal casuísticamente las situaciones que puedan poner en movimiento el conflicto, ha de concluirse necesariamente que dicho precepto comprende toda la gama de intereses, de naturaleza moral, en las que el congresista pueda hallarse involucrado.

2. Establecido que el conflicto mencionado nace a la vida jurídica cuando el congresista participa en el trámite o votación de un asunto en el que tenga interés directo, corresponde ahora determinar si el interés del senador cuya investidura se cuestiona tenía relación con el proyecto de artículo de ley votado por el Senado de la República el día 13 de diciembre de 1995, en la materia concreta del enriquecimiento ilícito.

A. El artículo votado por el Senado de la República el día 13 de diciembre de 1995, dentro del debate sobre la ley de Seguridad Ciudadana (Ley 228 de diciembre 21 de 1995) estableció unas excepciones al principio general de que la doctrina constitucional de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación, consistentes en los casos de sentencias interpretativas, de sentencias integradoras y en aquellos otros en los que “...la parte motiva de la sentencia... guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga nexos con la parte resolutive de la misma...”, casos en los que “...la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta”. La última hipótesis de las excepciones previstas se vincula estrechamente, entre otras, con la posición adoptada por la Corte Constitucional en la materia específica del enriquecimiento ilícito, en cuanto que este tipo delictual dejaba de ser autónomo para convertirse en subsidiario.

B. Del material probatorio que reposa en el expediente se desprende lo siguiente:

a) Contra el senador cuestionado cursa en la Corte Suprema de Justicia una indagación preliminar por el posible delito de enriquecimiento ilícito abierta el 26 de mayo de 1995 (v. folio 48 del cuaderno de pruebas);

b) Ese hecho fue oportunamente conocido por el interesado como lo demuestra su comunicación de mayo 4 de 1995 (v. folio 49 del cuaderno de pruebas);

c) El senador participó en la sesión y votó el proyecto de artículo que eventualmente podía favorecerlo en las indagaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia;

d) En el curso del debate del proyecto de artículos se puso de presente la incidencia que la aprobación de dicha norma podía tener en las indagaciones adelantadas por la Corte Suprema de Justicia en materia de enriquecimiento ilícito respecto de algunos congresistas.

3. La participación del Senador Holguín Sarria en la sesión del Senado de la República del día 13 de diciembre de 1995 y su voto favorable al mencionado proyecto de artículo son suficientes para concluir que en su caso nació un conflicto de intereses, pues la decisión debatida y votada lo podía favorecer de alguna manera en las indagaciones adelantadas en su contra por la Corte Suprema de Justicia.

Por lo expuesto, el suscrito consejero de Estado considera que la Corporación ha debido decretar la pérdida de la investidura de Congresista del Senador Holguín Sarria.

*Manuel S. Urueta.*

## **CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES/NARCOMICO/(Aclaración de Voto)**

En efecto, los autos revelan que cuando el mencionado senador asistió a la sesión plenaria de la Cámara Alta y votó afirmativamente el artículo nuevo introducido en el proyecto de ley que se discutía, sin unidad de materia con el mismo, estaba enterado de que en su contra cursaban unas averiguaciones de carácter penal, que se hubieran visto influidas o alteradas si los principios acogidos en el artículo de marras se hubieran convertido en norma legal. En otras palabras, por razones éticas debió abstenerse de participar en la discusión del mismo o declararse impedido porque surgía allí un verdadero conflicto de intereses. El conflicto de intereses erigido por el Constituyente de 1991 como causal de pérdida de la investidura de congresista, es la coexistencia de tendencias contradictorias entre el provecho, utilidad o ganancia de carácter personal aunque también pueda beneficiar a la comunidad o a un número indeterminado de personas.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con el mayor respeto hacia los criterios de la ilustrada mayoría de la Sala, el suscrito debe salvar su voto en la providencia arriba referenciada, por cuanto, contrariamente a lo sostenido en ella, estima que ha debido accederse a la solicitud de la parte demandante, en el sentido de disponer la pérdida de la investidura de congresista que ostenta el Senador Armando Holguín Sarria.

En efecto, los autos revelan que cuando el mencionado senador asistió a la sesión plenaria de la cámara alta y votó afirmativamente el artículo nuevo introducido en el proyecto de ley que se discutía, sin unidad de materia con el mismo, estaba enterado de que en su contra cursaban unas averiguaciones de carácter penal, que se hubieran visto influidas o alteradas si los principios acogidos en el artículo de marras se hubieran convertido en norma legal. En otras palabras, por razones éticas debió abstenerse de participar en la discusión del mismo o declararse impedido porque surgía allí un verdadero conflicto de intereses. El conflicto de intereses erigido por el Constituyente de 1991 como causal de pérdida de la investidura de congresista, es la

coexistencia de tendencias contradictorias entre el provecho, utilidad o ganancia de carácter personal aunque también pueda beneficiar a la comunidad o a un número interderminado de personas.

Y a la verdad, los autos muestran cómo el Senador Holguín Sarria para el momento en que se ordenó la apertura de la indagación preliminar, “ya tenía conocimiento de la misma, según se desprende del memorial cuya copia se anexa, y por el cual dentro del mismo auto se le reconoció personería a su apoderado”, según lo dice la Corte Suprema y según lo transcribe la propia providencia de la cual se disiente.

Por eso no entiende el suscrito cómo por una circunstancia formal, como lo es la circunstancia de que no se hubiera recibido, antes del 13 de diciembre de 1995 versión preliminar en la investigación previa, se concluya que no conocía de esa investigación por enriquecimiento ilícito, no obstante el memorial-poder a que hace mención y que transcribe en su integridad. Del mismo surge, de manera inequívoca, que el senador sabía, entendía perfectamente lo que estaba cursando o se estaba adelantando en contra suya, o por lo menos lo presumía o conjeturaba.

Y como quiera que la primera causal señalada en el artículo 183 – “por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses” – tiene, ante todo, una connotación de carácter ético, coincide con los presupuestos fácticos que se han expuesto, la conclusión en el sentido que queda dicho, ha debido ser decretada.

Cordialmente,

*Alvaro Lecompte Luna.*

Santa Fe de Bogotá, 6 de marzo de 1996.

## **CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES / NARCOMICO / (Salvamento de Voto).**

**El senador contestó a la lista en la sesión plenaria del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995, y votó afirmativamente el artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado. Con el objeto de calificar si al emitir su voto incurrió en conflicto de intereses. El haber exigido la mayoría de la Sala como requisito para la prosperidad de las pretensiones de la solicitud, el tener conocimiento el senador cuestionado de la existencia de averiguación preliminar por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, fue un desconocimiento del texto claro y preciso del memorial enviado a la Corte, pues parece elemental que sólo quien tiene conocimiento de la conducta sobre la cual se le investiga, ofrece rendir declaración libre y espontánea.**

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con el acostumbrado respeto por la decisión mayoritaria, procedo a consignar las razones en las cuales sustentó los motivos de mi discrepancia. Debo dejar, en primer lugar, las que en mi ponencia, que fue la derrotada, justificaban la pérdida de la investidura de congresista del Senador Armando Holguín Sarria. En la citada ponencia, se expresaba:

“4.1. Calificación de la actuación del Senador Armando Holguín Sarria en la sesión del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995.

Como ya se ha dicho, el Senador Holguín Sarria contestó a lista en la Sesión Plenaria del Senado de la República del 13 de diciembre de 1995, y votó afirmativamente el artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado. Con el objeto de calificar si al emitir su voto incurrió en conflicto de Intereses, para mayor claridad, se transcribe el texto de la norma aprobada, y la parte pertinente de la sentencia de la Corte Constitucional referida al enriquecimiento ilícito:

“La doctrina constitucional adoptada en la Sentencia de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación para las autoridades, excepto en los siguientes casos:

Primero, cuando dicte sentencias interpretativas, es decir, aquellas que declaran la exequibilidad de una norma legal, condicionada a una determinada forma de interpretación.

Segundo, cuando la parte emitida de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde unidad indisoluble o relación directa o tenga el hecho causal con la parte resolutive de la misma.

Tercero, en los casos de sentencias integradoras, es decir, cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el juez aplique directamente la norma constitucional, en estos tres casos la doctrina adoptada en la providencia hace tránsito a cosa juzgada constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia, su inobservancia es causal de mala conducta”, ese es uno de los artículos”.

Y la Corte dijo:

La expresión “de una u otra forma”, debe entenderse como incremento patrimonial no justificado, derivado de actividades delictivas, en cualquier forma que se presenten éstas. Las actividades delictivas deben estar judicialmente declaradas, para no violar el debido proceso, y el artículo 248 de la Constitución Política, según el cual únicamente las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales”. S. Noc- 127 de marzo 30 de 1993, G./ . 3, marzo 1993.

Como se observa, la parte motiva del pronunciamiento de la Corte Constitucional, guarda relación con su parte resolutive que declaró exequible el Decreto 2266 de 1991, que adoptó, entre otros, el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989, que a su letra dice:

“Artículo 1º. El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, incurrirá por ese solo hecho, en prisión de cinco (5) años a diez (10) y multa equivalente al valor del incremento o ilícito logrado”.

Para la Sala se configuró el conflicto de intereses, por las siguientes razones:

1. Sabía el Senador Holguín Sarria el 13 de diciembre de 1995, que por Auto del 26 de mayo de 1995, se había ordenado la apertura de indagación preliminar, por posible enriquecimiento ilícito, como lo plasma el Oficio número 397 de febrero 8 de 1996, de la Corte Suprema de Justicia, que en lo pertinente expresa:

“Para el momento que se ordenó la apertura de indagación preliminar el doctor Armando Holguín Sarria ya tenía conocimiento de la misma, según se desprende del memorial cuya fotocopia se anexa, y por el cual dentro del mismo auto se le reconoció personería a su apoderado” -F. 48 de c.p.

El memorial del Senador Holguín Sarria, de mayo 4 de 1995, dice:

Honorable Magistrado

Carlos Eduardo Mejía Escobar

Corte Suprema de Justicia

Ciudad

Armando Holguín Sarria, Senador de la República, respetuosamente me permito manifestar a usted que sé, por información de prensa, que le correspondió el conocimiento de las diligencias en donde se menciona mi nombre, en una indagación preliminar.

En tal virtud, acompañado del jurista, doctor Hernando Londoño Jiménez, estoy dispuesto a comparecer a su despacho, con el fin de rendir declaración libre y espontánea dentro del caso aludido...

- F. 49 c. de p-

2. Se ha dicho que el Senador Holguín Sarria no estaba vinculado a proceso alguno por enriquecimiento ilícito de particular, y eso es cierto. Sobre el punto, la pregunta que debe resolverse es la siguiente: ¿El hecho de no estar vinculado a proceso penal por la conducta señalada, excluye la existencia del conflicto de interés?

Para contestar el interrogante es preciso recurrir al texto del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, el cual señala:

*“Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera...”*

En efecto, se pretendía como él lo afirma *“traducir a términos legislativos jurisprudencias en que se aplica la carta, por su más alto y autorizado intérprete.”*

Al respecto, la pregunta que debe resolverse es esta: ¿para qué traducir a términos legislativos la jurisprudencia?

La respuesta es obvia. Para que el juez penal en el evento de que llegase a vincularlo al proceso por enriquecimiento ilícito tuviera que aplicar la ley por mandato del artículo 230 de la Carta. Y es aquí donde se configura el conflicto de intereses, pues existía interés directo.

3. El Senador Holguín Sarria, ha expresado que admitir en este caso el conflicto de intereses es violar la presunción de buena fe. Sobre la buena fe la Corte Constitucional ha dicho en sentencia C-083 del 1° de marzo de 1995:

“...la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por este”.

Si el artículo aprobado no guardaba relación con el contenido de Proyecto número 168 por el cual se determina el régimen aplicable a las contravenciones especiales y se dictan otras disposiciones, ¿se puede afirmar acaso, que como legislador y redactor de la Constitución de 1991, el Senador Holguín Sarria desconocía el mandato del artículo 158 de la Carta que exige que todo proyecto debe referirse a una misma materia y serán inadmisibles las disposiciones o modificaciones que no se relacionen con ella?

Sencillamente no. En consecuencia su comportamiento no se ajustaba a derecho y el fin perseguido no amparado por éste.

Como consecuencia del anterior análisis, la solicitud de pérdida de la investidura del Senador Armando Holguín Sarria, formulada por el ciudadano Emilio Sánchez Alsina, debe prosperar”.

El haber exigido la mayoría de la Sala como requisito para la prosperidad de las pretensiones de la solicitud, el tener conocimiento el senador cuestionado de la existencia de averiguación preliminar por el presunto delito de enriquecimiento ilícito, fue un desconocimiento del texto claro y preciso del memorial enviado a la Corte, pues parece elemental que sólo quien tiene conocimiento de la conducta sobre la cual se le investiga, ofrece rendir declaración libre y espontánea.

2. Respecto a la finalidad perseguida con el artículo adicional al Proyecto de ley número 168 del Senado, esta se advierte en el seno del mismo Congreso, como lo señalara el Senador Luis Guillermo Giraldo, el 13 de diciembre de 1995, al expresar:

“...añadido a un texto que trata de contravenciones, que no profundiza en materia de justicia, que trata ciertamente del derecho casi que correccional y al cual se le está tratando de añadir un artículo de amplio contenido jurídico y de amplia repercusión actual por las circunstancias que está viviendo en este momento el país, por investigaciones que está adelantando la Procuraduría en relación con dineros que financiaron posiblemente campañas electorales, dineros que pudieron provenir también del narcotráfico...”

“...pidiéndole al señor Ministro de Justicia que ilustre al Senado, qué ocurriera con lo que inicialmente se conoce como el proceso 8.000, en el caso de que el Congreso de la República aprobara este artículo que se ha presentado a la consideración de la plenaria de hoy; para que todos sepamos cómo vamos a votar y cuáles son las consecuencias directas, inmediatas de coyuntura...”

“... Yo deseo vivamente que quienes en un momento determinado se encuentran en ese proceso 8.000, le expliquen al país su conducta y obtengan conforme a las leyes actuales el veredicto institucional que los declare inocentes deseo eso, pero creo que aquí puede pasar honorables Senadores cuando veo en las curules a unos estimados colegas, que cuyo texto aquí transcrito los puede afectar positivamente cuando yo soy inocente, yo no acepto una amnistía: cuando hay inocencia no necesitamos de artículos de proyectos de ley. Eso se impone por sí solo, este es un momento bastante difícil y decisivo para el Senado de la República, en donde a lo mejor el país nos puede enjuiciar por estar legislando al calor de la coyuntura, a lo mejor por estar legislando con nombres propios y eso no es bueno para este Congreso...” (Gaceta del Congreso número 479 del miércoles 20 de diciembre de 1995, Pags. 18 y 19)”.

Al día siguiente, el 14 de diciembre de 1995, en la sesión de la Cámara se niega por unanimidad el texto del artículo nuevo introducido en el Senado, en tal sesión, varios parlamentarios de manera clara y precisa señalan el objetivo perseguido. El Representante Eduardo Enrique Maya, señaló:

“Como ciudadano común y corriente como padre de familia, como Representante a la Cámara y como docente universitario, quiero hacer algunas apreciaciones, con la finalidad de que ustedes honorables Parlamentarios, honorables Representantes, que en el pasado han podido demostrar el valor de su carácter, como lo demostramos aquí aprobando, o mejor enterrando, aprobando el protocolo 2 de Ginebra, y enterrando el narcoproyecto, nos pronunciamos de igual manera en esta tarde, atendiendo los postulados de la Constitución Política de Colombia y de otra parte los dictados de nuestra conciencia, no es posible que con este artículo nuevo, aprobado aceleradamente en el Senado de la República, se quiera atentar con la majestad de la Constitución Política del país, no es posible que hoy por cuando el país sus instituciones y el gobierno, cruzan una de las peores crisis, que se registran en la historia, nosotros vamos a ahondar ese problema, señor Ministro del Interior y señores Ministros, el Partido Conservador en su mayoría quiere ser solidario nuevamente sin contraprestación alguna, en este difícil momento por el cual está atravesando el propio gobierno, el Congreso Nacional, sus Instituciones y la República de Colombia, que es lo que se quiere hacer con este nuevo artículo en el proyecto que ha presentado el gobierno para la seguridad ciudadana, estableciendo unas excepciones, como que si en la Constitución Política se permitieran poner algunas excepciones para solucionar los problemas, a simple vista y haciendo un esfuerzo no se sabe el veneno que llevan

por dentro esas excepciones, legislar para el beneficio de unos pocos, cuál sería la majestad del Congreso Nacional de la República, ante la faz de la Nación y ante el concierto internacional, que disque (sic) en el Congreso Nacional de la República legislar para acabar con el enriquecimiento ilícito, como delito para acabar con el testaferrato, yo creo que nosotros si procedemos esta tarde así, estaríamos conduciendo al país a una de sus peores hecatombes de carácter jurídico y de carácter moral, las reacciones no podían ser las más pequeñas, fueron grandes las reacciones está (sic) mañana en todos los medios de comunicación, así titulaba por ejemplo el diario *El Tiempo* al que dice el Representante Lucio no hay que tenerle temor, claro que no debemos tenerle temor, pero es un periódico que se ha encargado de escribir las páginas más grandes de la vida republicana del país, decía el diario *El Tiempo*, Senado hundió expediente 8.000 y a su turno, *El Espectador*, decía: super mico del Senado al proceso 8.000 y *El Siglo* a grandes titulares hablaba sobre la impunidad, pero como si esto fuera poco, reaccionó también la Iglesia, reaccionó la clase dirigente política y permítame señor Presidente, leer el pronunciamiento del Presidente de la Conferencia Episcopal, esta grave determinación dice el prelado, prácticamente indulta a todos los investigados en el denominado proceso 8.000, deploró que algunos senadores, quienes según la Carta, representan al pueblo, y deberían actuar consultando la justicia y el bien común, legislen para entorpecer las conocidas investigaciones que adelanta la justicia, exhorto a los Representantes a la Cámara, a rechazar esta injusta iniciativa, contraria a la Carta y a la moral social, que legaliza la corrupción, formuló un apremiante llamado al señor Presidente de la República, para que objete este artículo, en caso de ser aprobado, pero como si esto fuera poco, se pronunció el país, se pronunció el país indignado, humillado, si se quiere decir por esa absurda y torpe posición tomada en el Senado de la República, yo les pido respetuosamente, a mis colegas, a los honorables Representantes, no permitamos que se siga teniendo en este prestigio, en este desprestigio al Congreso Nacional, no permitamos nosotros, que en el epílogo del Congreso, nosotros propinemos una herida mortal, propinemos un tipo a las sienas del Congreso Nacional de la República, para que mañana nos señalen a nosotros con el dedo de la ignominia y el desprecio, vamos nosotros a hacer uso aquí de la disertación dialéctica, lo vamos a escuchar al gobierno, vamos a escucharlo a usted señor Ministro del Interior, para que aclare usted la posición digna que debe tomar el gobierno, lo propio el señor Ministro de Justicia, que hoy por hoy tiene el respaldo ciudadano y de igual manera el señor Fiscal, que ha engrandecido con sacrificio las grandes historias y las grandes páginas de la justicia colombiana, de ser sometido a votación este nuevo artículo, señor Presidente, yo le pido desde ya la votación nominal, de cara al pueblo y nos va, y va a ordenar señor Presidente, el registro con sus nombre y apellidos de uno por uno quiénes quieren hundir a la justicia colombiana y quiénes queremos seguir velando como cirios encendidos, por su prestigio y por su honor. (Gaceta número 485 del 26 de diciembre de 1995, págs. 23, 24).

La Representante Vivianne Morales, indicó:

“Gracias señor Presidente, en primer lugar quiero leer una carta que ha hecho llegar el Consejo Gremial Nacional y que dice lo siguiente:

Los Presidentes de los gremios que integramos el Consejo Gremial Nacional hemos decidido (sic) dirigirnos a usted, al señor Presidente de la Cámara, ante la grave preocupación que nos generan las modificaciones que en el día de ayer se introdujeron al proyecto de ley sobre seguridad ciudadana presentado por el Gobierno Nacional.

De ser aprobadas dichas modificaciones lesionarían la imagen y las relaciones económicas internacionales del país y socavarían la institucionalidad de nuestro Estado de Derecho.

La modificación no significa cosa distinta que excluir a la Rama Judicial del sometimiento al imperio de la ley otorgándoles potestad autónoma a sus decisiones que pasarían a regirse por la doctrina constitucional.

Ello traería repercusiones insospechadas en todos los ámbitos comerciales, laborales, penales o de otras índole (sic) de la vida ciudadana, pues en el futuro pasarían a regirse por la jurisprudencia, así sea contraria a los mandatos del legislador.

El artículo aprobado en el Senado, representa un retroceso en la persecución del crimen organizado puesto que convierte el enriquecimiento ilícito en un delito subsidiario y no principal.

La inmediata reacción internacional ya generada por la norma aprobada ayer, nos confirma la preocupación porque argumentando que Colombia es una narcodemocracia, se adoptan acciones administrativas y comerciales por algunos países que representarían inmensos e incalculables perjuicios para la economía nacional de los sectores productivos que la ciudadanía no estaría en capacidad de soportar.

Por las razones anteriores señor Presidente, respetuosamente solicitamos por su atento conducto, que los señores Representantes no impartan su aprobación al texto del artículo aprobado en el Senado, pues de hacerlo se causaría un gravísimo daño a nuestra Nación.

Por anticipo le agradecemos que haga conocer el pensamiento del sector privado a la plenaria de la Cámara de Representantes.

Firman:

*Camilo Llinás*, Presidente Acolfa; *Carlos Garay*, Presidente de Acoplásticos; *Carlos Arturo Angel*, Presidente Andi; *María Isabel Patiño*, Presidente

Asocoflores; *Alberto Vásquez Restrepo*, Presidente Camacol; *William Fadul Vergara*, Presidente Facecolda; *Gustavo Tobón Londoño*, Presidente de Fedemetal; *Jaime Cabal Sanclemente*, Presidente Acopi; *Jorge Ramírez Ocampo*, Presidente Analdex; *César González Muñoz*, Presidente Asobancaria; *Ricardo Villaveces Pardo*, Presidente Asocaña; *Eugenio Marulanda*, Presidente Colfecar; *Jorge Visbal Marcelo*, Presidente Fedegán; *Sabas Pretelt de la Vega*, Presidente de Fenalco; *Juan Manuel Ospina Restrepo*, Presidente de la Saca.

Señor Presidente, señores Ministros, honorables Parlamentarios. Yo creo que no sorprende tampoco mucho al país la decisión que tomó el Senado de la República ayer y no sorprende porque infortunadamente en el país hemos llegado a la convicción de que el camino de la política se ha distanciado mucho del camino de la ética.

Es triste tener que presenciar situaciones como las que se registran en donde se pretende manipular al derecho, se vuelve el derecho simplemente una cosa hecha a la medida de unos fines particulares desprendidos de toda connotación ética o moral.

El artículo propuesto que tuvo que ser redactado necesariamente por alguien muy conocedor de las ciencias jurídicas porque en estricto sentido jurídico, positivista es un buen texto, pretende establecer unas nociones en abstracto de los efectos de la sentencia, pero en el fondo lo que quiere traer es simplemente un efecto particular, se trata de la sentencia C127 de 1993 por la cual la Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 2266 de 1991, es un artículo 10 que revivía o reproducía el artículo 1º del Decreto 1895 de 1989 por la cual se consagraba el enriquecimiento ilícito.

La Corte lo declara exequible pero en su parte motiva, se dice que se debía entender este artículo en el sentido de que las condenas proferidas en las actividades ilícitas deberían haber sido declaradas por condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva.

Naturalmente esto cerraría todo el proceso 8.000 por cuanto quienes están acusados de haber recibido dineros del narcotráfico o enriquecimiento ilícito han sido acusados de recibir dinero de personas que no han sido todavía condenas (sic) por sus actividades delictivas.

Es decir se le estaría haciendo un tremendo conejo al país a través de un artículo que se presenta con una impecable forma jurídica.

Pienso yo que los argumentos aquí no pueden ser jurídicos, aquí no se trata de que si es un mico o no es un mico eso sobra, eso (sic) son elementos no sustanciales del debate, el único fundamento de la decisión tiene que ser un fundamento ético señores Representantes.

Yo quisiera leer con perdón de la doctora Martha Luna si me permite traer aquí a colación y leer una frase de Montesquieu, porque no me atrevo de pronto a repetirlo de memoria algo que quisiera que nos quede en nuestra mente antes de decidimos a votar este artículo. Decía Montesquieu: No hace falta mucha honradez para que un Gobierno monárquico o despótico se mantenga o sostenga las fuerzas de las leyes en uno, el brazo del príncipe levantado en otro, regulan o abarcan todo pero en un régimen democrático hace falta un resorte añadido que es la virtud, sin virtud cívica efectivamente no marcha la democracia, señores este es un problema de ética y de virtud.

Rechazar este artículo significa darle un sentido a nuestra democracia". (Gaceta número 485 del 26 de diciembre de 1995, pgs. 28, 29).

Debe observarse, cómo el sector privado colombiano, en menos de 24 horas de producirse la votación en el Senado, ya tenía opinión clara y exacta respecto al fin pretendido con la norma aprobada.

La Representante Ingrid Betancourt, advirtió:

"Le agradezco señor Presidente; a mí me parece realmente que la Cámara está cogiendo el pésimo hábito de tomar posiciones pasivas, frente a los temas de más trascendencia nacional, nosotros si derrotamos este artículo, lo tenemos que derrotar con la cara frente al país, no escondiéndonos, este artículo nuevo es evidentemente un adefesio, es lo que llamamos nosotros en la jerga del Congreso un mico y es un mico porque estamos hablando de un artículo que no tiene relación con el proyecto de ley que está en discusión, no tiene unidad de materia, pero no es solamente un mico, es un peligro para la justicia colombiana y es un peligro para el orden democrático de este país, aquí lo que se está diciendo en este artículo nuevo es que de ahora en adelante el que va a legislar en este país, no es el Congreso de la República, que ha sido legítimamente electo por el pueblo colombiano en representación de él, y representando su soberanía sino sería la Corte Constitucional, por medio de sentencias, la que terminaría legislando en Colombia, qué quiere decir eso, quiere decir, que un cuerpo de magistrados elegidos por el Senado, no elegidos popularmente, no elegidos con el voto del pueblo colombiano; estarían decidiendo de la suerte de las leyes colombianas y adicionalmente hay que aclarar y hay que decirlo, que detrás de este nuevo artículo, hay intereses demasiado evidentes para que no sean mencionados acá, mi intervención es breve, pero me siento con la obligación de llamarle la atención al Congreso sobre las repercusiones de este artículo, aquí nosotros no podemos legislador en función de intereses, ni de nuestros amigos, ni de nuestros jefes políticos si es que los tenemos; aquí tenemos que legislar en función de unos principios y desgraciadamente se oye por los pasillos del Congreso, que este artículo sería el resultado de un compromiso, entre el Presidente Samper y uno de sus amigos para facilitarle la solución a su problema jurídico, yo por eso les pido a los representantes del gobierno, que le aclaren al Congreso cuál es la

posición del Presidente Samper y cuál es la posición del gobierno, porque no es posible que en el Senado de la República, con estos argumentos se haya pasado con una mayoría un artículo que contraviene el orden constitucional de Colombia, el artículo 230 de la Constitución Nacional, dice que el único legislador en el país es el Congreso, este nuevo artículo estaría cambiando el sistema jurídico colombiano y es ante eso que nos tenemos que pronunciar, yo por eso de la manera más viva, le pido a esta Cámara que asuma con responsabilidad este debate y que niegue este artículo”. (Gaceta número 485 del 26 de diciembre de 1995, p. 23).

El Representante Rodrigo Echeverry, dejó como constancia, el texto siguiente:

“El suscrito Representante Liberal de Antioquia, Rodrigo Echeverry Ochoa, anuncia su voto negativo al artículo nuevo, introducido en el Senado de la República y presentado también en la Cámara de Representantes para su aprobación en el Proyecto de ley 129 de 1995, Cámara y 168 de 1995 Senado, para ello anuncio las siguientes razones, el artículo nuevo no presenta transparencia legislativa, el artículo nuevo pretende obstruir el funcionamiento de la justicia en nuestro país, el artículo nuevo pretende absolver a todos los que tienen procesos pendientes por enriquecimiento ilícito, el artículo nuevo deteriora aún más la imagen de nuestro país ante la opinión internacional y hace más difícil el manejo de las relaciones internacionales” (Gaceta número 485 del 26 de diciembre de 1995, p. 29).

Cabe agregar, por último, que el fin buscado con la norma aprobada era bien claro, como lo reconoce el Senador José Guerra de la Espriella, en comunicación de marzo 20 de 1996, dirigida al Consejero doctor Julio E. Correa, en la cual afirma:

“B. Que el supuesto delito que se investiga está deslindado totalmente del proceso 8.000, a tal punto que el supuesto enriquecimiento ilícito que se denuncia es de funcionario público en mi ejercicio como Senador y no de particulares como es la conducta que se pretendía clarificar en el famoso “narcomico”. Es decir, nada me impedía votar tal artículo”:

De conformidad con lo anterior, al votar el Senador Holguín Sarria el citado artículo, conociendo los efectos que el mismo producía en razón de la investigación que por enriquecimiento ilícito le adelantaba la Corte Suprema de Justicia, violó el régimen de conflicto de intereses al no expresar su impedimento, razón por la cual la Sala ha debido decretar la pérdida de su investidura de congresista.

Respetuosamente,

*Delio Gómez Leyva.*

## **CONGRESISTA / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza / (Aclaración de voto)**

La Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones “conflictos de intereses” y “régimen de conflicto de interés”, en primer lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses. Cuando el constituyente habla de “régimen de inhabilidades e incompatibilidades” y de “régimen de conflicto de intereses” está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva. Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo. Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

## **JURISPRUDENCIA - Aplicación / IMPERIO DE LA LEY / (Aclaración de Voto)**

Los jueces, por imperativo constitucional (arts. 4, 6 y 230), están obligados a aplicar la Constitución y la ley. Es obvio que la jurisprudencia carece de esa coercitividad. Es un criterio auxiliar. Pero esto no significa un criterio secundario en los órdenes cronológico y jerárquico, es decir que primero se aplica la ley y después la jurisprudencia. No. La interpretación y la aplicación de los textos constitucionales y legales se hace a través de la jurisprudencia. El sentido común indica que ha de tenerse en cuenta siempre, porque a través de ella se interpretan las conductas humanas y las leyes y se dirimen los conflictos interindividuales por parte de quienes han adquirido preparación y experiencia.

## ACLARACION DE VOTO

Los suscritos manifestamos compartir la decisión adoptada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de no despojar de la Investidura de Congresista al Senador Armando Holguín Sarria, en primer lugar, porque la ley no ha previsto el régimen de conflicto de intereses y, en segundo término, en caso de que las disposiciones que analizaremos a continuación lo constituyan, los hechos que el demandante le atribuye no indican violación del mismo.

Nuestro disenso con la parte motiva de la sentencia se explica de este modo:

### a. La figura de la representación y el Congreso

El Estado constitucional moderno se ha organizado sobre los fundamentos de la democracia representativa; entre nosotros, desde los orígenes de la República, se la consagró, con limitaciones tales como el voto censatario. Su universalidad apenas se alcanza en 1957.

Pero es importante resaltar que desde un principio se hizo énfasis en la exclusividad de la representación y la vocería popular en el órgano de elección popular, excluyendo intervenciones paralelas.

Este mismo instituto se recoge en la actual Constitución en los artículos 133 y 258, en estos términos:

“Los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo, y deberán actuar consultando la justicia y el bien común.”

“El voto es un derecho y un deber ciudadano.”

En Colombia adoptamos la figura de la representación política, aunque sin contar con las experiencias que la precedieron en otras latitudes (Europa y Estados Unidos), y la participación del ciudadano en la conformación, ejercicio y control del poder.

El Congreso, elegido por votación directa y compuesto de dos cámaras, ostenta en el ámbito nacional la representación popular de conformidad con el artículo 133 de la Carta Política.

Le corresponden varias funciones derivadas de esa condición, establecidas en los artículos 114 y 1° de la Constitución Política, a saber:

1. Reformar la Constitución.
2. Hacer la leyes.

3. Ejercer control político sobre el gobierno y la administración.

4. Orientar el proceso económico y crear condiciones para lograr el desarrollo de la comunidad, como meta esencial del Estado Social de Derecho.

**b. Estatuto del Congresista**

Los congresistas, en relación con estas materias, no solamente pueden actuar, sino que tienen el poder-deber, la función constitucional de hacerlo “consultando la justicia y el bien común”.

Gozan de los derechos fundamentales que la Constitución Política prevé para todos los integrantes de la comunidad, de los derechos que emanan de la ciudadanía como elegir, tomar parte en plebiscitos, referendos, consultas populares, tener iniciativa en las corporaciones públicas.

Y, como congresistas, de algunos privilegios como el que señala el artículo 185 de la Carta, así:

“Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el respectivo reglamento.”

En una democracia representativa la inviolabilidad por las opiniones y votos que emitan los congresistas es consecuencia de los principios que la integran. Le es conatural. No puede ser de otro modo, para que el Congreso actúe con independencia sus integrantes también deben tenerla.

Constituye un derecho que, entre otras razones, se explica por la necesidad de preservar la institución. El Congreso no estaría en condiciones de desarrollar las funciones que le son propias, si el ejecutivo estuviera autorizado para obstaculizar el examen de las situaciones sometidas a su conocimiento o los jueces para reprimirlo.

Tampoco tendría sentido la separación de poderes, a pesar de constituir elemento esencial del Estado de Derecho, porque el Congreso se confundiría o permanecería subyugado a los demás.

Todas las constituciones políticas del mundo actual reconocen la inviolabilidad de los miembros de las cámaras legislativas, en virtud de que representan a la nación soberana y, al amparo de esta investidura, cumplen actividades de suma importancia, como las reseñadas en el acápite anterior.

En la Constitución de 1886 estos eran los fundamentos de los artículos 106 y 107, lo mismo que en las constituciones del siglo pasado, tanto del régimen federal como de la organización unitaria. En este punto, pues, ha habido una tradición institucional sin solución de continuidad.

Sin embargo, la inviolabilidad y las otras libertades y derechos no deben exceder lo estrictamente necesario. No son absolutos sino relativos; y, por esto, los congresistas tienen las siguientes limitaciones:

1. *El orden interno.* Los senadores y representantes están sometidos a la autoridad de las respectivas corporaciones. Según el reglamento pueden ser llamados al orden, soportar restricciones en el uso de la palabra y ser sancionados disciplinariamente.

2. *La incompatibilidad.* Es la imposibilidad legal del congresista para desempeñar tareas diferentes de las que corresponden a su función, la cual debe inspirarse en el bien común (arts. 180 de la C. P., 281, 282 de la Ley 5ª).

3. *Las prohibiciones.* Les está prohibido, como a todos aquellos que desempeñen funciones públicas, hacer contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos o inducir a otros a que lo hagan, según el artículo 110 de la Constitución Política.

4. *Impedimento y conflicto de intereses.* Excepcionalmente deben abstenerse de participar en las funciones del Congreso o de la Cámara a que pertenecen, si se encuentran frente a una causal de impedimento o de conflicto de intereses. Los procedimientos están señalados en los artículos 268 y 286 Ley 5ª de 1992.

#### c. Pérdida de la investidura de congresista

En el derecho constitucional contemporáneo se han introducido mecanismos de control a la representación, por ejemplo, en la constitución vigente se prevé la pérdida de investidura para senadores, representantes, diputados y concejales; y, en lo pertinente a los agentes administrativos de elección popular, por constituir un mandato –distinto de la figura de la representación– se consagra la revocatoria, para gobernadores y alcaldes, con la finalidad de moralizar y legitimar la representación popular.

En la discusión que se dio en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, sobre la pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron las siguientes precisiones:

“*Objeto:* garantizar, mediante una rigurosa sanción, el respeto al régimen de incompatibilidades y conflictos de interés.

“*Planteamiento general:* el altísimo nivel que supone la categoría de congresista exige que las sanciones por violación de sus deberes sean drásticas. No sería aceptable que a un parlamentario se le aplicaran medidas benevolentes como, por ejemplo, descuento de sus salarios o dietas o suspensión temporal en el ejercicio de sus funciones. El congresista debe ser tan riguroso en su conducta, que el resultado de un mal comportamiento sea la pérdida de la investidura.”

## SALA PLENA

“*Presupuestos básicos*: toda violación al régimen de incompatibilidades e inhabilidades y al conflicto de intereses, debe ser causal para la pérdida de la investidura.” (Gaceta Constitucional número 51, abril 16 de 1991, p. 27).

La Sala Plena, en la sentencia del 19 de octubre de 1994, explicó lo siguiente:

“La pérdida de la investidura de un congresista por las causales y mediante los procedimientos establecidos en la Constitución y la ley deviene, según el artículo 179-4 en una inhabilidad para ser elegido: las inhabilidades son restricciones a la capacidad de ejercicio de ciertos derechos, y en el caso concreto a los derechos fundamentales de naturaleza política de elegir y ser elegido previstos en el artículo 40.1.”

“Las inhabilidades no necesariamente constituyen una pena: se prevén para este caso porque el derecho de ‘ser elegido’ requiere de la concurrencia de condiciones adicionales a la simple ciudadanía para ser titular del *ius honorum* que imprime la representación parlamentaria.” (Expediente número AC-2102. Actor: *Enrique Tejada Romero*. Consejero ponente: doctor *Juan de Dios Montes Hernández*).

De modo que la pérdida de la investidura produce tres efectos:

1. Priva al congresista del empleo.
2. Lo inhabilita para ser elegido, es decir, lo convierte en un ciudadano en *capitis diminutio*.
3. Lo degrada porque lo despoja de la representación, de los honores, dignidades y privilegios que el pueblo le confirió.

### d. Causales de pérdida de la investidura

La Constitución Política de Colombia, ante la suma gravedad del resultado de la pérdida de una investidura, señaló causales de jerarquía constitucional y juez adecuados a la materia en los artículos 183 y 184.

En el artículo 183-1 estableció dos:

- a) La violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades;
- b) Violación del régimen de conflicto de intereses.

La primera fue determinada de manera expresa por la Constitución (arts. 179 y 180 y la ley) y la segunda, se le defirió al legislador para que señalara su régimen.

### e. El conflicto de intereses

Por ser la causal que precisó el actor en su petición inicial, nos detendremos en el estudio de la violación del régimen de conflicto de intereses con este tratamiento.

La palabra interés se deriva del latín: *interesse*, estar entre.

Según el diccionario de la Real Academia Española significa: “Provecho, utilidad, ganancia”; “Valor que en sí tiene una cosa” “Inclinación más o menos vehemente del ánimo hacia un objeto, persona, narración, etc.” “Conveniencia o necesidad de carácter colectivo en el orden moral o material”.

En nuestra sociedad hay una serie, un plexo de intereses: materiales, económicos, culturales, psicológicos, intelectuales, artísticos, morales. El interés es un concepto complejo que da lugar a diversas nociones según el ángulo de observación.

Esos intereses entran en el campo jurídico cuando reciben protección legal.

“Los derechos son intereses jurídicamente protegidos”, dice Ihering en su obra “El espíritu del derecho romano”.

Ya en este ámbito, por interés público se entiende la manifestación del valor público que tienen ciertas cosas o la expresión de aquello que interesa al público. El primer concepto es objetivo, porque el interés público se predica de ciertos bienes o elementos. El segundo es subjetivo, porque significa aquello que interesa a una pluralidad de personas.

En otro sentido, por interés privado puede entenderse el valor particular de ciertas cosas o la expresión de aquello que atrae a unos pocos.

La Constitución Política enuncia estos intereses:

Interés general (art. 1º), interés patrimonial del Estado (art. 268), interés público o social y colectivo (arts. 58, 86); interés social (arts. 51, 58 y 62); intereses de la sociedad (art. 277); interés privado (art. 58).

El carácter público del interés, en sí mismo considerado, no implica oposición ni desvinculación con el interés privado. No hay, en principio, intereses públicos distintos de los que tienen los individuos. El interés público se sustenta en los intereses particulares que las personas comparten entre sí.

La existencia de intereses, como se ha indicado, no implica, *per se*, la existencia de un conflicto entre ellos.

En cuanto a la palabra conflicto, dice el Diccionario de la Real Academia Española que viene del latín *Conflictus*: “Combate, lucha, pelea” “Problema, cuestión, materia de discusión”. “Coexistencia de tendencias contradictorias en el individuo, capaces de generar angustias y trastornos neuróticos”.

Y sobre el conflicto de intereses, el profesor español Fernando Savater hace a su hijo esta reflexión:

“Sin embargo, no vayas a creer que el conflicto entre intereses, cualquier conflicto o enfrentamiento, es malo de por sí. Gracias a los conflictos la sociedad

inventa, se transforma, no se estanca. La unanimidad sin sobresaltos es muy tranquila pero resulta tan letalmente soporífera como un encefalograma plano.”

“De modo que en la sociedad tienen que darse conflictos, porque en ella viven hombres reales, diversos, con sus propias iniciativas y sus propias pasiones. Una sociedad sin conflictos no sería sociedad humana sino un cementerio o un museo de cera. Y los hombres competimos unos con otros y nos enfrentamos unos con otros porque los demás nos importan (a veces hasta demasiado), porque nos tomamos en serio unos a otros y damos trascendencia a la vida que llevamos con ellos. A fin de cuentas, tenemos conflictos unos con otros por la misma razón por la que ayudamos a los otros y colaboramos con ellos: porque los demás seres humanos nos preocupan. Y porque nos preocupa nuestra relación con ellos, los valores que compartimos y aquellos en que discrepamos, la opinión que tienen de nosotros, lo que nos dan y lo que nos quitan. ...Según los hombres vamos siendo más numerosos, las posibilidades del conflicto aumentan; y también aumentan los jaleos cuando crecen y se diversifican nuestras actividades y nuestras posibilidades.” (“Política para Amador”. Ariel, pp. 46, 47 y 8).

En toda sociedad hay intereses de diversa índole y también conflictos de intereses. Aquéllos y éstos son tomados por el derecho para protegerlos, regularlos, controlarlos o eliminarlos.

En la Asamblea Nacional Constituyente, sobre el conflicto de intereses, como causal de pérdida de investidura de los congresistas, se hicieron planteamientos de este tenor:

“*Objeto.* Evitar que el congresista ejerza sus funciones para favorecer intereses distintos al bien común o que la imparcialidad de sus raciocinios se distorsione por motivaciones de orden personal o particular.”

“*Planteamiento general:* el congresista que considere que intereses personales suyos pueden ser afectados por un proyecto que se discute debe declararse impedido para participar en las deliberaciones y con mayor razón cuando sea sometido a votación. Si no lo hace voluntariamente cualquier persona con conocimiento de causa debe recusarlo.”

“*Presupuestos básicos.* Como en su mayoría son condiciones eminentemente subjetivas, el planteamiento debe ser general, librado a la responsabilidad y rectitud de cada uno, aunque para efectos de la posibilidad de recusar sí sería necesario enumerar algunas causales, como por ejemplo, haber representado en tiempo reciente intereses que puedan verse afectados por la decisión legislativa.”

Nótese que en las discusiones suscitadas en la Asamblea Nacional Constituyente se distinguió entre los impedimentos y el régimen de conflicto de intereses.

Ahora bien (la Constitución Política Nacional en los artículos 182 y 183, con las expresiones “conflictos de intereses” y “régimen de conflicto de interés”, en primer

lugar, ha creado un mecanismo para restringir de manera excepcional el derecho a la inviolabilidad por las opiniones y votos de los congresistas, defiriendo al legislador la expedición de un régimen de conflicto de intereses).

Y, en segundo término, en caso de que el congresista incurra en las causales de violación del conflicto de intereses, autorizó al Consejo de Estado para quitarle la investidura que el pueblo le otorgó en aras de la representación política.

Indudablemente este concepto jurídico indeterminado pone de relieve la contradicción que puede existir, en la actividad legislativa, entre la persona del legislador (Representante o Senador) y el fin que persigue la ley: en otros términos la contraposición entre su propio interés (o el de terceros) y el interés general definido por el artículo 133, inciso 1 de la Constitución Nacional.

Como concepto jurídico indeterminado, el conflicto de intereses abre paso a una ley que lo tipifique concretamente, esto es “de competencia ligada que no da asidero a ninguna discrecionalidad”, en palabras del profesor Julio A. Prat, (“La discrecionalidad administrativa”. “Derecho Administrativo en Latinoamérica”. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, p. 170).

El constituyente defirió a la ley la determinación de dicho concepto jurídico, según lo impone la Constitución Nacional en el artículo 182: “La ley determinará lo relativo con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

(Cuando el constituyente habla de “régimen de inhabilidades e incompatibilidades” y de “régimen de conflicto de intereses” está imponiendo limitaciones a los derechos fundamentales y libertades públicas de que gozan los congresistas como miembros de la sociedad política. Estas limitaciones que constituyen excepciones a su esfera de libertad jurídica, vale decir a su capacidad, necesariamente tiene que ser regulada íntegramente por la ley, para su correcta interpretación que de suyo es restrictiva).

“Corolario del principio de legalidad —es prescindiendo aquí de las circunstancias jurídico políticas en que se originó— el de reserva legal, según el cual toda intervención que afecte a la libertad y la propiedad sólo puede tener lugar en virtud de una ley formal, es decir, aprobada por el Parlamento”, enseña el profesor Manuel García Pelayo en su obra “Las Transformaciones del Estado Contemporáneo”. Editorial Alianza Universidad, página 62.

Solamente una vez que exista el régimen legalmente previsto, es decir, un estatuto o un conjunto de normas que gobiernen o regulen el conflicto de intereses de los congresistas, será posible conocer cuál o cuáles conductas son atentatorias del mismo.

Al juez no le es dado calificar esta labor sin la previa determinación legal. Abandonaría su condición de administrador de justicia para asumir la de legislador.

## SALA PLENA

La ley debe señalar cuáles son los intereses de los miembros del Congreso que, desde los puntos de vista ético, político, familiar, económico, etc., colisionan con las distintas clases de intereses que enuncia la Constitución (social, patrimonial, colectivo) y qué procedimiento ha de adoptarse para su registro y conocimiento previo en la Cámara correspondiente, así como lo hizo la Constitución en dos casos que citamos por vía de ejemplo.

a) En el artículo 58 se refirió a los conflictos entre los derechos de los particulares con la necesidad reconocida por una ley dictada por motivos de utilidad pública o interés social, para hacer prevalecer el interés público. El legislador está encargado de precisar los motivos de utilidad pública o interés social, y

b) En el artículo 247 delegó al legislador la creación de jueces de paz para que solucionen, en equidad, los conflictos individuales y colectivos.

El conflicto de intereses de los artículos 182 y 183 tiene relación con la ausencia de competencia subjetiva, que es la capacidad o aptitud para proceder de manera imparcial. Los congresistas deben tenerla para actuar “consultando la justicia y el bien común” (art. 133 de la C. P.), esto es prescindiendo o poniendo en segundo orden los intereses personales o privados.

De aquí surge la obligación ética de comunicar a la Cámara a la cual pertenece el congresista los conflictos de intereses, de carácter moral o económico, que puedan afectar su competencia subjetiva y, por lo tanto, no le permitan intervenir imparcialmente en debates y votaciones (arts. 183 de la Constitución Política, 286, 287, 289, 290, 291, 292, 293, 296 de la Ley 5ª de 1992).

Las disposiciones relativas al conflicto de intereses de los miembros del Congreso son las siguientes:

1. Artículo 182 de la Constitución dice: “Los congresistas deberán poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. La ley determinará lo relacionado con los conflictos de intereses y las recusaciones”.

Artículo 183, *ibidem*, señala que, por violar el régimen de conflicto de intereses, el congresista perderá su investidura.

2. El Reglamento del Congreso, la Ley 5ª de 1992, en el artículo 286 ordena:

“Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a algunos de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o sus socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.”

Los artículos 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994 establecieron estos casos:

a) Participación de los congresistas en sociedades anónimas o de responsabilidad limitada y similares;

b) Participación en cualquier organización o actividad privada económica o sin ánimo de lucro.

c) Haber prestado, durante el año inmediatamente anterior a la elección, servicios re remunerados a gremios o personas de derechos privado sobre cuyos intereses o negocios incidan directamente actos que se encuentren al estudio del Congreso.

De los preceptos citados se colige:

En primer lugar, el artículo 286 de la Ley 5ª de 1992 no consagró causales de impedimento, ni concretó el concepto jurídico indeterminado de conflicto de intereses, simplemente describió unas situaciones generales que podrían afectar la imparcialidad del congresista, las cuales son de conocimiento universal.

En segundo término, los literales a, b y c, contienen motivos de impedimento de carácter económico.

En tercer lugar, exclusivamente en estos eventos el congresista está obligado a manifestar su falta de competencia subjetiva y a inhibirse de participar en los respectivos debates y votaciones.

En cuarto lugar, el no declararse impedido necesariamente no conlleva o causa conflicto de intereses. El artículo 183 de la Constitución Política no dice que, cuando el congresista omita declararse impedido debiendo hacerlo, pierde su investidura. Expresa que es causal de pérdida de investidura la violación al régimen de conflicto de intereses.

Sobre otro tipo de factores, éticos o morales por ejemplo, conviene tener en cuenta que las leyes que aprueba el Congreso se aplican a los colombianos sin excepción, según los artículos 4º y 95 de la Constitución Política.

De allí que siempre habrá, al lado del interés público, un interés personal de los congresistas en que se expidan y apliquen. Seguridad social, intervención en la economía, reglamento de profesiones, impuestos, reglamento del Congreso, procedimiento para tramitar la pérdida de investidura, divorcio, libertad religiosa, son algunas de las materias en las que han intervenido con interés personal.

El Consejo de Estado, exactamente sobre este punto, en sentencia AC-1276 del 24 de marzo de 1994 (Consejero ponente, doctor *Jaime Abella Zárate*); expresó:

“4.4 Además, cabe observar que proyectos como el de la reforma tributaria mencionada podía afectar y de hecho debió “afectar de alguna manera” a todos

los congresistas que en ella intervinieron, ya por la creación de impuesto o de exenciones, pero si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible. En consecuencia, por ser absurda debe desecharse la interpretación que conduzca a tal resultado.”

Si esta hipótesis se extendiera habría que cerrar el Congreso o importar personajes para que legislen en Colombia. Tal vez éstos podrían proceder alejados de cualquier interés particular porque las leyes colombianas no se les van a aplicar en su país.

Además no puede admitirse que los congresistas, por su propia cuenta, *motu proprio*, decidan cuándo deben declararse impedidos, esto es según su leal saber y entender, verdad sabida y buena fe guardada o por objeción de conciencia.

Se daría aval, por lo menos, al desorden, cuando no a otras irregularidades de insospechada gravedad. Por conveniencia, por temor, por debilidad, por afinidad, por amor, por odio, por dinero, etc., un congresista podría plantear o ser obligado a expresar el conflicto de intereses y a separarse del conocimiento de un determinado asunto.

Los conflictos de carácter moral que menciona el artículo 182 de la Carta deben concretarse en una ley, en armonía con el artículo 183, *ibidem*. Así como se han establecido legalmente inhabilidades e incompatibilidades, la ley debe establecer el régimen de conflicto de intereses. Con este régimen será fácil saber en qué casos el congresista deberá declararse impedido, cuándo puede ser recusado y cuándo lo desconoce para colocarse en peligro de perder la investidura.

De otro lado, el acto humano consta de tres momentos: la intención, la resolución y la acción. La primera es el propósito de actuar; la segunda es la ratificación del propósito; y la acción es la manifestación externa de los otros dos.

La moral regula la totalidad del acto humano. Lo rechaza o lo acepta desde la interioridad hacia la exterioridad. El derecho, en cambio, únicamente cuando hay una manifestación en el mundo exterior. El solo pensamiento no es susceptible de evaluación jurídica. Por eso al Juez le es imposible abordar el universo interno de los congresistas para conocer sus intenciones, o pretensiones o eventuales conflictos de intereses. El Consejo de Estado no es el juez ético de los congresistas, pues éstos cuentan con tribunales creados para juzgar las infracciones a la ética en que pudieran incurrir.

La normatividad vigente (arts. 286 y 287 de la Ley 5ª de 1992 y 16 de la Ley 144 de 1994) citada anteriormente, no conforma un régimen de conflicto de intereses. Son disposiciones aisladas, impropriamente incluidas en una ley orgánica del reglamento del Congreso y en otra de procedimiento de pérdida de la investidura, dictadas al amparo de los artículos 151 y 184 de la Constitución.

El conflicto de intereses que, como ya se explicó, conlleva una limitación a la esfera de libertad jurídica del congresista, debe ser regulado dentro de los varios tipos de leyes que previó el constituyente, por una ley estatutaria conforme al artículo 152, literal a, la cual tiene procedimiento y contenido distinto de las que hasta el momento ha expedido el Congreso.

Recurrir al conflicto de intereses para decretar la pérdida de la investidura de un congresista, sin que el legislador hubiera definido el régimen correspondiente, significa abrir una gama de eventualidades y de abstracciones en las cuales cabría cualquier diferencia de criterio.

El artículo 29 de la Constitución Política garantiza el debido proceso no solamente con la presunción de inocencia, sino imponiendo que se juzgue a la persona ante tribunal competente, conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio.

Esto es, tipificando conductas que excepcionan el ejercicio libre de los derechos.

#### **f. El caso concreto**

Al Congreso corresponde expedir un régimen de conflictos de intereses de los congresistas, en armonía con las normas constitucionales y legales que se han descrito en esta sentencia, porque el derecho, entre otras finalidades, tiene la de definir el contenido ético de la política.

Pero, bajo el supuesto de que el régimen de conflicto de intereses estuviese contemplado en las leyes citadas con anterioridad, la violación que el demandante imputa al senador Armando Holguín Sarria no se ha establecido.

El senador votó afirmativamente el proyecto de ley cuyo texto reza:

“La doctrina constitucional adoptada en las sentencias de la Corte Constitucional es criterio auxiliar de interpretación por las autoridades, excepto en los siguientes casos:

“1°. Cuando dicte sentencias interpretativas, es decir aquellas que declaren la exequibilidad de una norma legal condicionada a una determinada forma de interpretación.

“2°. Cuando la parte motiva de la sentencia proferida por la Corte Constitucional guarde relaciones directa o tenga nexos con la parte resolutive de la misma.

“3°. En los casos de sentencia, es decir cuando a falta de legislación adecuada para resolver un asunto concreto sometido a su competencia, el Juez aplique directamente la norma constitucional.

“4°. En estos casos la doctrina adoptada en las providencias hace tránsito a cosa juzgada Constitucional, obliga en su integridad y corrige la jurisprudencia. Su inobservancia será causal de mala conducta” (art. 230 de la Constitución Nacional).

## SALA PLENA

La acusación sostiene que con este proyecto el senador buscaba estos objetivos:

a) Convertir el enriquecimiento ilícito en un tipo penal subalterno de otras conductas delictivas o hacerlo desaparecer como delito;

b) Suspender el proceso que en su contra tramita la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia,

No encontramos probadas estas acusaciones.

Acerca del delito de enriquecimiento ilícito como figura autónoma o dependiente de otros tipos delictivos el Consejo de Estado carece de competencia para hacer pronunciamiento alguno. Sin embargo, alcanzamos a vislumbrar que con un proyecto de ley no es posible obtener los mencionados fines, con mayor razón si se tiene en cuenta que el artículo copiado en precedencia, el cual fue votado afirmativamente por el Senador Holguín Sarria, no fue aprobado por la Cámara de Representantes, es decir, no se convirtió en ley.

Las apreciaciones que podemos hacer sobre las intenciones, propósitos o aspiraciones del mencionado Senador no pasan de la especulación teórica, porque, se repite, las acusaciones que hizo el demandante no aparecen probadas en este proceso y, en tales circunstancias, no se ve relación de causalidad entre el artículo proyectado y las investigaciones preliminares que tramita la Corte Suprema de Justicia en contra del Senador Holguín Sarria

Tampoco se observa conflicto de intereses, por haber votado afirmativamente un proyecto de ley que pretendía hacer obligatoria la jurisprudencia de la Corte Constitucional en tres casos.

Las razones son las siguientes:

1. El artículo 17 del C. C., expresa que "las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

Esta es una regla general con varias excepciones, porque tienen efectos generales, *erga omnes*, es decir, con efectos similares a los de la ley:

Las sentencias que dicta la Corte Constitucional en ejercicio de la función de control constitucional (art. 243, Constitución Política); las que dicta la jurisdicción contencioso administrativa en ejercicio del control de los actos administrativos (art. 175 C. C. A.); las de declaración de pertenencia (art. 407, numeral 11 del C. de P. C.); las que declaran la paternidad (Ley 75 de 1968).

2. Las decisiones de los jueces constituyen normas jurídicas distintas de la ley, un acto de creación que refleja un punto de vista sobre la justicia. El profesor Kelsen

enseña que “por precisa que la norma especial pretenda ser, la norma especial creada por la decisión de un tribunal siempre añadirá a aquélla algo nuevo” (Teoría General del Derecho y del Estado. México 1950, p. 152).

La jurisprudencia es el conjunto de principios y doctrinas contenidas en las decisiones de los Tribunales.

Los jueces, por imperativo constitucional (arts. 4, 6 y 230), están obligados a aplicar la Constitución y la ley. Es obvio que la jurisprudencia carece de esa coercitividad.

Es un criterio auxiliar. Pero esto no significa un criterio secundario en los órdenes cronológico y jerárquico, es decir que primero se aplica la ley y después la jurisprudencia. No. La interpretación y la aplicación de los textos constitucionales y legales se hace a través de la jurisprudencia.

El sentido común indica que ha de tenerse en cuenta siempre, porque a través de ella se interpretan las conductas humanas y las leyes y se dirimen los conflictos interindividuales por parte de quienes han adquirido preparación y experiencia. La cuestión es dialéctica.

3. La interpretación de la Constitución merece un tratamiento especial. No es exactamente equiparar la Constitución a lo que quieren los jueces, como sostiene el realismo norteamericano. Pero éstos, al interpretar el estatuto que contiene, no sólo preceptos de competencia institucional, sino también la fórmula política que inspira el sistema, van creando una norma subconstitucional.

A propósito el tratadista Enrique Alonso García en su obra “La interpretación de la Constitución”, dice:

“Consideramos un hecho indiscutible que en todos los sistemas con jurisdicción constitucional el intérprete judicial crea y formula normas derivadas de la Constitución, bien expresa, bien implícitamente. Denominamos interpretación no tanto a la determinación del sentido jurídico de la norma, lo que realmente es la interpretación en estricto sentido técnico-jurídico, como al estudio del origen de tales normas subconstitucionales, lo cual implica que, siendo fieles a la Teoría General del Derecho, esta obra debiera ser más bien denominada “la aplicación judicial de la Constitución”. “Si rehuimos esta terminología, a la que reconocemos mucha mayor precisión y por lo que solicitamos el perdón se debe a que en el ámbito anglosajón (y no olvidemos la influencia del constitucionalismo anglosajón tanto en Europa como en otros ámbitos geográficos), el concepto de interpretación abarca el de todo fenómeno aplicativo de la norma fundamental, y se debe a que en nuestro propio país ello ocurre ya con toda normalidad.”

“Por otra parte, el estudio de las normas subconstitucionales judiciales tiene una dinámica distinta de la teoría clásica de la interpretación, ya que estas normas a veces sólo son enunciables a partir de la actuación de la norma primaria y, lo que

debe ser más importante, se plantea como un acto creativo en sí mismo, no preocupándose el juez tanto de dar sentido a una o varias normas primarias como de justificar en sí misma la norma constitucional que elabora.” (Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1984, pág. 4).

4. En Colombia el artículo 243 de la Constitución Política prescribe:

“Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.

“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

Siguiendo al profesor Adolfo Merkl:

“El problema de la fuerza de cosa juzgada es el de la vigencia de las manifestaciones jurídicas en el tiempo, más exactamente el problema de la duración de la vigencia o de los límites de la vigencia o de los límites temporales de las manifestaciones jurídicas. La ciencia jurídica entiende por efecto o fuerza de cosa juzgada, para atenernos provisionalmente a una significación media, aquella propiedad de ciertos actos estatales mediante la cual no son modificables, en ningún caso, por actos de la misma especie, o lo son bajo determinadas circunstancias nada más. Esta fórmula general abarca las dos formas que, generalmente, suelen distinguirse y pronuncian también la naturaleza de esta diferencia. Se distingue, pues, un efecto formal y otro material. Y siguiendo la concepción más corriente, se puede decir que el efecto de cosa juzgada en sentido formal supone la inmutabilidad de un acto estatal en virtud de instancias de una parte interesada privada; quiere decir tanto como no impugnabilidad. En sentido material sería la inmutabilidad absoluta de un acto; pero se tiene en cuenta, principalmente, la invariabilidad del acto por parte de la autoridad que lo realizó o por otra autoridad cualquiera, sea superior, del mismo rango o inferior a aquélla. La diferencia entre la fuerza de cosa Juzgada formal y material suele también expresarse así: *res iudicata ius facit inter partes*; *res iudicata ius facit inter omnes*. Al decirse que el efecto material de cosa juzgada no establece derecho únicamente para las partes, como el formal, sino para todos, de manera definitiva, se tiene presente, únicamente, la modificación de un acto por otro acto del mismo rango, pero se olvida que también se plantea la cuestión de la modificación del acto por otro acto de rango superior; la posibilidad de semejante modificación se otorga, de manera tácita, aun para el caso de efecto material de cosa juzgada, que supone de inmutabilidad más absoluta.” Página 264 Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Nacional.

Y, a su turno, la Corte Constitucional en Sentencia C-131 del 1º de abril de 1993, después de preguntarse.

“2. ¿Hace tránsito a cosa juzgada toda sentencia de la Corte Constitucional o solamente una parte de ella?”, ... dijo:

“La Corte responde este nuevo interrogante en el sentido de afirmar que únicamente una parte de sus sentencias posee el carácter de cosa juzgada.”

“La respuesta es doble: poseen tal carácter algunos apartes de la sentencia en forma explícita y otros en forma implícita” “1°. Goza de cosa juzgada explícita la parte resolutive de las sentencias, por expresa disposición del artículo 243 de la Carta,”

“2°. Gozan de cosa juzgada implícita los conceptos de la parte motiva que guarden una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos.”

“Los fundamentos contenidos en las sentencias de la Corte Constitucional que guarden relación directa con la parte resolutive, así como los que la corporación misma indique,... en la medida en que tengan un nexo causal de la parte resolutive, son también obligatorios y en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia.”

En conclusión, es claro que el Juez debe aplicar la Constitución y la ley y, frente a éstas, las sentencias no pueden tener igual obligatoriedad. Su origen, su fundamentación, su contenido y sus efectos son diferentes, pero se dirigen a la correcta interpretación y aplicación de aquéllas.

La cosa juzgada, desde el derecho romano, significó una declaración de la verdad. “*Res judicata pro veritate habetur*”. Lo que se ha juzgado en Derecho se tiene por verdadero, dijeron los romanos.

En tal sentido, las sentencias no reflejan intereses contrarios al interés general, no puede concebirse que a esto conduzca la verdad, sino que por su intermedio los jueces lo hacen público, con argumentos racionales y transparentes.

Por esto en legislaciones extranjeras, México y los Estados Unidos para no citar sino dos, la jurisprudencia reiterada del Juez Constitucional es obligatoria.

El artículo 93 de la ley de amparo mexicana consagra precisamente los requisitos de los fallos que constituyen dicha jurisprudencia: cinco sentencias sin interrupción y la firma de catorce magistrados, por lo menos.

No es ilícito, reprochable o contrario al interés público, entonces, que el Congreso la convierta en ley. Tal vez pudiera estimarse inocuo, dadas las características diferenciales de una y otra fuente del derecho.

*Daniel Suárez Hernández, Juan de Dios Montes Hernández.*

**CONGRESISTA - Senador / PERDIDA DE LA INVESTIDURA / REGIMEN DE INHABILIDADES - Ambito / NORMA ESPECIAL - Aplicación / LEY DE CONTRATACION - Inaplicación**

La Sala en primer lugar se referirá a la Ley 80 de 1993 con el fin de expresar que estima innecesario acudir a dicha norma para fundamentar la alegada violación por parte del Congresista, del régimen de inhabilidades, toda vez que la solicitud está dirigida a obtener una sanción de pérdida de la investidura que tiene su consagración en regulaciones de la Constitución Nacional (art. 179 a 184), y en las disposiciones pertinentes de las leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / NORMA CONSTITUCIONAL Interpretación / GESTION DE NEGOCIOS / CONGRESISTA - Inhabilidad**

El artículo 179, numeral 3º de la Constitución Nacional contempla tres supuestos generadores de inhabilidad para ser congresista, con ocurrencia en los seis meses anteriores a la elección. Gestión de negocios ante entidades públicas; celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros. Haber sido representante legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales (esta causal no es materia del proceso). Cuando se da la primera hipótesis, es decir la “gestión de negocios”? Supone, o, mejor, excluye la celebración de contratos (aunque esta igualmente supone una gestión previa que se configura como causal propia o autónoma en la segunda hipótesis de la norma constitucional que se examina. GESTIONAR, como lo dice el Diccionario de la Lengua Española, es “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o un deseo cualquiera”. Basta que ante las entidades públicas se adelanten o promuevan diligencias en orden a obtener un resultado, así sea en el propio interés de la misma persona que actúa ante el ente oficial, o en interés de terceros, para que se dé respecto de aquella inhabilidad para ser elegido Senador de la República o Representante a la Cámara, siempre y cuando la gestión se haya realizado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / NORMA CONSTITUCIONAL - Interpretación / CELEBRACION DEL CONTRATO / CONGRESISTA - Inhabilidad**

En el numeral 3° del artículo 179 de la C. N., se desprende que la persona o personas que directamente o a través de apoderado hayan celebrado contrato en su propio beneficio o en el de terceros, con entidades públicas dentro de los seis meses anteriores a la elección, quedan inhabilitados para ser congresistas. Siguiendo la directriz jurisprudencial, se dirá que la inhabilidad nace el día de la celebración del contrato, siempre y cuando esta fecha se sitúe dentro de los seis meses anteriores a la elección.

**PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales / CELEBRACION DE CONTRATOS / GESTION DE NEGOCIOS - Diferencias / CONGRESISTA - Inhabilidad / CONGRESISTA - Incompatibilidad.**

Las prohibiciones del numeral 4° del artículo 180 de la Carta, que el solicitante estima han sido desconocidas por el Senador Santofimio Botero, se refieren igualmente a la celebración de contratos y a la gestión de negocios, comentados precedentemente, pero con la diferencia de que la tipificación consagrada en el numeral 3 del artículo 179, se erige como una conducta previa a la elección como congresista, que por ello lo inhabilita para ser tal; y en esta otra causal (4° del artículo 180) se configura una incompatibilidad por realizarse el mismo comportamiento siendo ya congresista.

**SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Carácter cultural / ESPACIOS DE TELEVISION DIDACTICOS - Clasificación.**

La Sala desea abundar un poco sobre la evolución del carácter cultural que debe orientar el servicio público de televisión, para el cual se permite exponer lo siguiente: Este servicio se estuvo rigiendo para el caso que nos ocupa, bajo la vigencia del Decreto ley 1900 de 1990., la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995. En el artículo 6° del primero de los estatutos mencionados se estableció que el Estado garantizaría el pluralismo en la difusión de la información y en la presentación de opiniones, con un decreto fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones y propendería, por lo tanto, para que todos los grupos, en especial los más débiles económicamente y los marginados, tuviesen acceso a ellos a fin de propiciar “la expresión de su cultura y su integración a la vida nacional”. Por su parte, la citada (Ley 14 de 1991, en su artículo 9°, literal e), señaló como uno de los objetivos de Inravisión la utilización directa o compartida de los espacios de televisión, “para transmitir programas informativos, re-

creativos y didácticos". A través de los acuerdos 06 de 17 de junio de 1993 y 26 de 3 de noviembre de 1994, la Comisión Nacional de Televisión clasificó los espacios de televisión, señalando entre los de carácter didáctico "Aquellos que tienen como propósito central enseñar", distinguiendo con estos dos modalidades. a) EDUCATIVOS FORMALES. Aquellos cuyo fin es enseñar a través de métodos pedagógicos tradicionales. b) EDUCATIVOS NO FORMALES. Aquellos cuyo fin es enseñar a través de métodos no pedagógicos tradicionales. Finalmente la Ley 182 del 20 de enero de 1995, al determinar, en su artículo 2° entre los fines del servicio de televisión los de "formar, educar...", agrega que con ello se busca, entre otras cosas, "propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local". Lo cual debe cumplir, dice, dentro de los principios de los cuales cabe destacar, el del "respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural".

**COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Funciones / SERVICIO DE TELEVISION - Clasificación / TELEVISION COMERCIAL / TELEVISION DE INTERES PUBLICO, SOCIAL, EDUCATIVO Y CULTURAL**

La Ley 182 de 1995 dice que "La Comisión Nacional de Televisión clasificará el servicio en: TELEVISION COMERCIAL: Es la programación destinada a la satisfacción de los hábitos y gustos de los televidentes, con ánimo de lucro, sin que esta clasificación excluya el propósito educativo, recreativo y cultural que debe orientar a toda televisión colombiana. TELEVISION DE INTERES PUBLICO, SOCIAL, EDUCATIVO Y CULTURAL: Es aquella en que la programación se orienta en general, a satisfacer las necesidades educativas y culturales de la audiencia (arts. 18 y 21). Entendiendo la educación como el desarrollo del perfeccionamiento de las facultades intelectuales, morales y físicas del individuo, así como el del espíritu cívico y el gusto artístico, y la cultura como civilización progresiva, es decir como el grado de desenvolvimiento de un pueblo o grupo social, expresada a través de sus conocimientos, sus técnicas, religiones, legislación, tradiciones, creencias y costumbres, y en fin cuanto contribuye a organizar la vida y cuanto la amenaza y perturba; o simplemente como amplitud del conocimiento y del saber como resultado del estudio, del trato social, de la información y comunicación de otras fuentes de vida y relaciones, según las definiciones que de tales conceptos se han dado, se establecerá la excepción de incompatibilidad en estudio.

**PERDIDA DE INVESTIDURA - Improcedencia / INCOMPATIBILIDAD DE SENADOR - Excepción / ACTIVIDAD CULTURAL / PROGRAMA DE TELEVISION CULTURAL**

El programa a través del cual se entrevistan artistas y poetas colombianos y se expresan por estos como por su entrevistador (el Director y Presentador del programa), opiniones acerca de las técnicas, estilos y proyecciones de las artes plásticas y de la poesía, tiene un contenido y carácter francamente cultural y educativo, como que con él se enseña y forma mediante pedagogía no tradicional, a la vez que se exaltan y rescatan para la audiencia valores intelectuales, todo lo cual permite sin dificultad reconocer el mencionado carácter que distingue al programa "El café del espejo", en un todo acorde con los fines, principios y espíritu que la ley ordena imprimir a la programación televisiva, y sin que por los libretos o cuñas comerciales que se transmiten en brevísimos períodos de tiempo, deje el programa de corresponder al propósito educativo y cultural que debe orientar toda la televisión colombiana y a la exigencia de satisfacer los gustos y necesidades que del mismo orden reclama una audiencia. Encuadran justamente estas circunstancias, que caracterizan el programa, la excepción prevista en el artículo 283, numeral 11 de la Ley 5ª de 1992, según la cual "las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan directamente ... participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas", por lo cual es de concluir que el Senador ALBERTO RAFAEL SANTOFIMIO BOTERO, no ha incurrido en la incompatibilidad que se le endilga.

Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Santa Fe de Bogotá, D. C., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *María Eugenia Samper R.*

Radicación número AC-3311.

Referencia: Asuntos Constitucionales.

Rafael Narvéez García solicita se decrete la pérdida de la investidura de Senador que ostenta el doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, y que adquirió en las elecciones del 13 de marzo de 1994 para el período 1994 a 1998 y para el efecto expone:

... dentro de las inhabilidades en su calidad de Senador y al asimilarse a un funcionario público, quien debe comprometer su capacidad intelectual y moral y su tiempo de labor completo en la creación y fundamentación de las leyes y proyectos del honorable Congreso, y por tanto el (sic) como persona en el transcurso del tiempo que lleva elegido como Senador y para este período, se dedicó a la creación y posterior presentación de programas televisivos, los que se transmitían al aire a las 11 y 10 de la noche, en los días jueves, de la Programadora D

FL televisión, Diego Fernando Londoño, el que se emite por el canal A, y en la actualidad fue sacado del aire; y no obstante de ser transmitido en horario nocturno, le estaba entregando el tiempo que debía invertir al honorable Congreso, prestandose (sic) a una programadora particular, conllevando con ello una contratación por delegación con el mismo estado, en consecuencia de ello, dando como resultado que estuvo violando el régimen de contratación del estado y la Constitución nacional; teniendo en cuenta que él como Director General del mencionado programa televisivo, en forma indirecta esta (sic) percibiendo emolumentos remunerativos de parte del estado, y porque además es él presentador del mencionado programa y el cual en aras de demostrar ante esa honorable Corporación, expresaré que aportó como medio de prueba, dos casett (sic), gravados (sic) junto con este líbello (sic) demandatorio en ellos se encuentran las grabaciones correspondientes a los siguientes comerciales, y en alguno de sus apartes, el honorable Senador dijo: “cuando hizo (sic) la presentación de la pintora Margarita Guzmán, en el año de 1994, por el canal y la programadora anunciadas, al final del primer set el senador comento (sic) en palabras textuales según la cinta (sic),. A continuación una invitación a comerciales, estas pautas publicitarias, en su contenido hacen ofrecimiento a ventas públicas, de cerveza Aguila, así mismo en la programadora D F L televisión, en su programa “El café del espejo” en el momento de presentar a la pintora María Ruiz, en el año de 1994, en el intermedio del set, adujo en la invitación a comerciales; “Central de seguros, filial del B C H; ente aquel el que es filial de una empresa industrial y comercial de estado para esa época (sic).

Cuando presentó en el mismo programa del café del espejo de la programadora D F L televisión, más exactamente en el casett el que ae (sic) arrima, en la cinta (sic) esta gravada (sic) al momento de hacer la presentación de Piedad Bernal Caballero, en el año de 1994, en la terminación del primer set expreso (sic) el senador como presentador; “VAMOS A UNOS COMERCIALES”; y en el texto que sale al aire se lee “PETROLEO Y PROGRESO CRAVONORTE”, propaganda pagada por las Empresas Ecopetrol, Occidental De Colombia y la Shell, así como otra relativa a televisores Samsung.

Además en otro programa cuando presenta al pimtor (sic) Iván Martínez Rivera, en el intermedio del set, seemiten (sic) propagandas alucibas (sic) a empresas tales como Rica Rondo, Banco de Bogotá.

Si los honorables Magistrados del Consejo de Estado, someten a estudio y análisis y observan que las pautas publicitarias con base en ellas se hicieron contratos publicitarios, con Empresas privadas y oficiales, tales como para esa época (sic), el Banco Central Hipotecario y la Empresa estatal de Ecopetrol. ... (fls. 1 a 3).

Disposiciones invocadas como infringidas

Señala como disposiciones infringidas de la Ley 80 de 1993, los artículos 1°-B, 2°-B, artículo 8° inciso 1°-A, Constitución Política, artículos 179, numeral 3°, 180 numeral 4°, 181 y 183 inciso 1° y en bloque las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994.

**CONTESTACION A LA SOLICITUD**

El doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, por medio de apoderado, contestó la demanda y se opuso a su prosperidad, con fundamento en las razones que a continuación se transcriben:

...

Como quiera que el actor no especifica, ni individualiza los hechos sobre los cuales edifica las causales para solicitar la pérdida de la investidura senatorial del señor Alberto Rafael Santofimio Botero, me permito contestarlos, así:

No es cierto que mi representado sea contratista del Estado, ni que en esa inexistente condición haya celebrado contratos con Inravisión.

No es cierto tampoco que el doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, sea propietario o accionista o empleado de la firma DFL Televisión. No es cierto que el Senador Santofimio esté violando incompatibilidades constitucionales, ya que el artículo 283 en su Ordinal 11 de la Ley 05 de 1992 le permite a los Congresistas participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas y el programa "El café del espejo" es un programa televisivo eminentemente cultural;

No es cierto como sinosamente lo sugiere el autor que las pautas publicitarias o los comerciales que se presentan en la transmisión del programa cultural El Café del Espejo benefician a mi representado. La firma Mejía y Asociados, factura toda la publicidad de los programas televisivos de D. F. L.

Tampoco es cierto que el Senador Santofimio, haya celebrado contratos publicitarios con empresas privadas u oficiales, tales como Ecopetrol o el Banco Central Hipotecario (fl. 14, cdno. ppal.).

**AUDIENCIA PUBLICA**

En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 10 de la Ley 144 de 1994, se llevó a cabo la audiencia pública, el cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996), intervinieron las partes, salvo el demandante que no asistió, así:

Intervención del Agente del Ministerio Público

El Procurador Cuarto Delegado ante el Consejo de Estado, conceptúa que se debe despojar de la investidura al Senador, doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, por las siguientes razones:

Considera esta Procuraduría delegada que es oportuno hacer un somero prefacio, antes de entrar a exponer el concepto sobre la conformidad a derecho, o a la carencia de ella, de la solicitud que constituye la causa de este proceso que se encamina a su etapa conclusiva. Para esta agencia es conducente, so pena de aparecer reiterativo puesto que ya se había planteado ante esta honorable sede, el recordar dentro de la teleología de las causales de desinvestidura, cómo la histórica Asamblea Constituyente, al establecer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para el ejercicio de la función legislativa, buscó como sus objetivos primordiales el moralizar la acción del Congreso y el de profesionalizar la función parlamentaria.

Se procuraba así, que tanto el representante a la Cámara, como el senador (sic) de la República; dedicasen su capacidad laboral, en forma total, al servicio popular. De ahí que se les haya prohibido desempeñar cargos en las otras ramas del poder público, atender la actividad propia de sus profesiones particulares e, incluso, ser empleados privados y, en fin, distraer su tiempo en ocupaciones distintas a la legislativa. (Dr. Jairo Maya Betancourt, Alegato N° 108, agosto 16 de 1994, exp. N° AC-1610).

En el caso que ocupa la atención de esta audiencia, se plantea la existencia de un programa televisivo de carácter cultural y comercial, cuya dirección y presentación corren a cargo de un senador de la República.

Si se me permite una distracción fugaz del tema central, debo reconocer que el programa El café del Espejo es una válvula de escape a la vulgaridad ambiente que rodea nuestra programación televisiva, a la chabacanería y necedad con que, a través de la pantalla chica, se intoxica el núcleo de la familia colombiana y es, al mismo tiempo una oportunidad magnífica para demostrar que un parlamentario, un padre de la patria puede, a través de los canales del Estado, contribuir a la educación de sus conciudadanos. Qué dignificativo fuera para un país, que todos senadores, además de las destrezas de la política y de las reglas de la legislación, conocieran también las artes de la dialéctica y no miraran con ojos aviesos la inspiración del pintor o los deliquios del poeta.

Entrando, ahora sí en la materia que motiva este alegato, debe decirse que el programa que presenta y dirige el senador Santofimio Botero, como quedó demostrado mediante los testimonios recibidos, es un espacio televisivo que si bien tiene una motivación cultural, su existencia se atribuye en forma exclusiva, a su inclusión en un paquete o bloque de programas, cuyas pautas publicitarias son manejadas por diferentes empresas comercializadoras de espacios, en medios impresos y tiempos publicitarios en radio y televisión.

Se deduce, de lo que se ha traído a relación, que el senador Santofimio Botero está vinculado al programa El Café del Espejo, no por fines meramente altruistas y didácticos, que seguramente también los tendrá, sino a través de un contrato

que, como se puede ver por los documentos aquí relacionados, le deja generosas ganancias.

De la amplia gama probatoria recogida durante la investigación, y visible en el expediente, resultan claras de una nitidez meridiana, las siguientes conclusiones:

1. Que verbal o escrito, existe un contrato entre el senador y la firma D. F. L. Televisión, para dirigir y presentar el programa El Café del Espejo;
2. Que dicho contrato ha estado vigente, al igual que la emisión del programa, en forma concomitante con el período en que el senador Santofimio Botero ha ostentado la investidura de senador de la República.
3. Que entre las obligaciones del senador, pactadas en el contrato, está la de encargarse de “coordinar todo lo relacionado con la publicidad y merchandising con la agencia que la productora estime conveniente en la forma que acuerde con el representante de la productora”.
4. Que, en consecuencia de lo que se acaba de transcribir, y de las pruebas que aparecen en el expediente, el senador Santofimio Botero, ya sea en forma directa o indirecta, ha realizado gestiones con las personas jurídicas con las personas denominadas (sic) “Mejía Y Asociados” y “D. F. L. Televisión”, puesto que, si de los seis minutos de la franja de comerciales, él toma sólo uno para su beneficio personal, sí está comprometido con todos los patrocinadores comerciales si se tiene en cuenta que él es un director y presentador de todo el programa;
5. En tal sentido, no puede escindirse la estrecha relación comercial existente entre el Director y Presentador y las dos empresas cuyos representantes legales han manifestado, en varias formas, su patrocinio del programa mediante la financiación empresarial y estatal;
6. Que, entre las innumerables empresas y entidades que financian el paquete de programas en cuyo elenco figura El Café del Espejo, según los testimonios de quienes manejan esa publicidad, varios entes estatales como los Ministerios de Transporte y de Salud y la Presidencia de la República. Esto es, que queda probado en el expediente que las programadoras involucradas en el caso *sub judice*, han sido contratistas del Estado.

El artículo 180 de la Constitución Política, al establecer el régimen de incompatibilidades, estipula en el numeral cuatro que los congresistas no podrán “celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratista del Estado o reciban donaciones de éste”.

Ese texto es tomado en forma idéntica en el artículo 282, numeral cuatro de la Ley 5ª de 1992 “por la cual se expide el reglamento del Congreso, el Senado y la

Cámara de Representantes”. La norma, viene precedida del artículo 281, en el cual se define el concepto de incompatibilidades, como “todos los actos que no pueden realizar o ejecutar los congresistas durante el período de ejercicio de la función”.

Por su parte, la Ley 80 de 1993, “por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”, establece en el artículo 8º, ordinal primero, literal a). La inhabilidad para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, para “las personas que se hallen inhabilitadas por la Constitución y las leyes”.

Recurriendo pues al pragmático principio del derecho romano “*da mihi facti, ego tibi uis*”, “Dame los hechos, yo te doy el derecho”, al hacer una comparación entre los hechos que aparecen probados, atribuibles al Senador Alberto Rafael Santofimio Botero, y las normas que regulan las inhabilidades e incompatibilidades de los congresistas, se tiene que éste sí incurrió en las señaladas en el artículo 180 numeral 4 de la Carta, en el artículo 282 numeral 4 de la Ley 5ª de 1992 y en el artículo 8º, ordinal 1º de la Ley 80 de 1993. (Fls. 108 a 114).

#### Intervención del Senador y su apoderado

Solicitan se deniegue la solicitud porque no hubo violación ninguna de la Ley 5ª de 1992, reglamento del Congreso, ni de los artículos 179 a 187 de la Carta Política, con base en los siguientes argumentos:

...

5º. Se requiere examinar cuál fue realmente mi participación en el programa cultural referido. En el expediente está claro, como lo sustentan las pruebas existentes.

En primer término, es conveniente enfatizar que el suscrito Senador no es propietario, ni accionista, ni empleado, ni contratista de D F L, Televisión. Que “El Café del Espejo”, era un programa cultural que se transmitía en los espacios que le fueron asignados, en licitación pública a sus propietarios, D F L, Televisión, con anterioridad a la aparición del programa y sin ningún nexo o gestión del suscrito Senador para tal evento, como lo afirma varias veces, entre las páginas 60 a 91 del expediente, el Representante Legal de D F L, Televisión, Diego Fernando Londoño.

6º. Que D F L, Televisión, a través de la firma MEJIA Y ASOCIADOS factura la publicidad de sus programas por un contrato directo entre esta Entidad y D F L, Televisión, para la comercialización de sus espacios publicitarios;

7º. Que el suscrito Senador participó como Director del programa cultural “El Café del Espejo” y que por esta razón libremente realizó entrevistas y emitió

opiniones sobre arte, ciencia y cultura, en dicho espacio, como lo permite expresamente y sin limitación alguna, la Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso de Colombia;

8º. Que el programa “El Café del Espejo”, se producía en los estudios propios de DFL, Televisión, generalmente los días lunes, primeros de cada mes de 8:00 A. M. a 1:00 P. M. En cada sesión de grabación se producían 4 o 5 programas para cubrir el mes siguiente y dejar alguno de reserva para fecha posterior.

Todo lo anterior está respaldado por la certificación expedida por DFL, Televisión, suscrita por su Gerente Juan Manuel Beltrán y que obra como prueba, con suficiente antelación a la demanda de pérdida de investidura que se discute, dentro del análisis patrimonial, presentado por la Contadora Luz Marina Gómez Angel, T. P. 5690 T., ante la Corte Suprema de Justicia, en el proceso número 10473.

En “El Café del Espejo”, el suscrito Senador participó en una actividad eminentemente cultural. Esto es de público conocimiento por tratarse no de un acto privado sino de un programa de pública difusión. Los temas tratados se reducían al ámbito general de la cultura, con énfasis en los aspectos de arte, música, literatura, ciencia, poesía, pintura, escultura, etc.

La Ley 5ª de 1992, Reglamento del Congreso, autoriza, de manera expresa, en el numeral 11 del artículo 283 a los Congresistas para que puedan directamente “participar en actividades científicas, culturales, educativas y deportivas”.

De lo anterior se deduce, con toda claridad que el ejercicio de una cátedra cultural por la televisión no solo no esta (sic) prohibido en norma alguna sino autorizado de manera expresa en el artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, que es la única que regula la conducta de los miembros del Congreso de Colombia.

El demandante sostiene, sin fundamento alguno que el suscrito “en el transcurso del tiempo que lleva elegido como Senador y para este periodo se dedicó a la creación y posterior presentación de programas televisivos”. Esta afirmación, además de absurda, riñe con la verdad. Como obra en la certificación en comentario la grabación de los programas de cada mes, se hacía e (sic) unas horas de la mañana de un solo día el lunes, en el cual no había sesiones del Congreso, ni de sus Comisiones Constitucionales. Y, además, por ser pregrabados los programas, nada tenía que ver el suscrito, con la emisión y presentación semanal del programa al aire.

Cumplí siempre como consta en las actas del Senado y de la Comisión de la que siempre he hecho parte. Mi trabajo legislativo, mis ponencias y debates estan (sic) todos al escueto análisis de la opinión, en estricto cumplimiento de mis deberes y obligaciones como Senador de la República. Además, con cumpli-

miento y puntualidad que quedaron siempre registrados en los documentos del honorable Senado.

Insiste sin razón, el demandante cuando afirma que el programa "El Café del Espejo" no obstante ser transmitido en horario nocturno le estaba entregando el tiempo, que debía invertir en el honorable Congreso. Esta apreciación nace de la creencia equivocada de que el programa se transmitía en directo, y no grabado con antelación como efectivamente ocurría. La emisión no tenía ninguna relación, con el suscrito.

Finalmente el demandante afirma que el suscrito Senador "cercenó de un tajo la Ley 5ª de 1992". Por las disposiciones citadas se ve a las claras que para ser afirmación tan rotunda como falsa, el actor no leyó la mencionada ley en ninguna de las normas que tiene que ver con el caso de la referencia.

Esta (sic) suficientemente demostrado que no existió a la vida jurídica ningún contrato ni con el estado ni con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos, ni tampoco con quienes hayan recibido donaciones del Estado, ni sean contratistas.

Esta (sic) igualmente demostrado que el Reglamento del Congreso permite la participación en actividades culturales, y no establece, como sí lo hace para otras, limitación en cuanto a la recepción de una bonificación o retribución económica. Es un caso similar al de los altos funcionarios, Magistrados o Congresistas, cuando participan en conferencias, seminarios, simposios, cuyos gastos son sufragados por personas naturales o jurídicas de derecho privado que le reconocen, la mayoría de las veces una retribución pecuniaria a quienes en ellas participan. Esto, desde luego, no es violatorio de norma legal o constitucional alguna.

### CONCLUSIONES FINALES

A. Queda claro, en todo lo aquí señalado, que el mencionado programa "El Café del Espejo" fue exclusivamente de propiedad de la programadora D F L, Televisión, páginas 88 a 91 del expediente;

B. Que desde la iniciación hasta la terminación "El Café del Espejo", tuvo siempre un carácter exclusivamente cultural. Y, que por serlo, como lo afirma en uno de sus testimonios Diego Fernando Londoño, representante legal de D F L, Televisión, en la página 90 de lo actuado "se ha buscado en el pasado que las programadoras de televisión en la medida de sus posibilidades hagan aportes de tipo cultural dentro de la programación que cada uno posea. Es por ello que en muchas ocasiones Inravisión y hoy el Consejo Nacional de Televisión, estimulan entre otras maneras comercialmente al proponente que presente programas de tipo cultural".

Y, más adelante afirma, al referirse a la actividad cumplida por el Senador Santofimio “desarrolló y siguió lineamientos de tipo cultural”;

C. Que el espacio del “Café del Espejo” fue adjudicado, en licitación pública, con anterioridad a la cooperación cultural del Senador Santofimio y sin ningún tipo de intervención o gestión suya ante entidad estatal para tal fin –Así lo afirma, en uno de sus testimonios el representante legal de la programadora– página 63 del expediente;

D. Que no existió jamás contrato alguno suscrito o celebrado por el Senador Santofimio con D F L, Televisión, - como correspondencia a su tarea cultural la programadora le ofreció, a través de su Gerente de entonces doctor Carlos Alberto Duque Arbeláez, un minuto de publicidad que administró siempre la programadora quien lo cancelaba directamente al colaborador cultural.

Era la firma Mejía y Asociados, como lo sostiene en su constancia el gerente actual de D F L, Televisión, Juan Manuel Beltrán, quien comercializaba el minuto referido, lo pagaba a la programadora y ésta a su turno le cancelaba al Senador Santofimio por su colaboración cultural;

E. A pesar de ciertas contradicciones y desinformaciones del Representante Legal que contrastan con la claridad y contundencia del certificado del gerente, que era quien manejaba toda la parte administrativa y comercial, está establecido plenamente en los testimonios del señor Diego Fernando Londoño que no existió contrato alguno, sencillamente porque no se celebró ni se firmó por nadie. El formato de contrato en blanco y sin firmas aportado por el doctor Londoño, demuestra, una vez más, que sencillamente el Senador Santofimio jamás celebró contrato alguno relacionado con su cooperación cultural en “El Café del Espejo” páginas 60 a 91 del expediente.

En estos mismos testimonios el dicho del doctor Londoño confirma esta realidad y la explica cuando afirma: “En mi cargo no me corresponde el manejo del tema contractual”. Por ello, obró con ligereza al no consultar con su gerente y sus archivos, antes de hacer una afirmación equivocada que nunca pudo probar”. (Cuaderno. 3).

### CONSIDERACIONES

El señor Rafael Narvárez García, solicita se decrete la pérdida de investidura del Senador que ostenta el doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, quien fue elegido por la Circunscripción Nacional Electoral en las elecciones del 13 de marzo de 1994 para el período 1994-1998 y tomó posesión del cargo el 20 de julio de 1994, lo cual certifican la Dirección Nacional Electoral y la Secretaría General del Senado de la República, tal como obra a folios 2 del cuaderno número 2 y 7 del cuaderno principal del expediente, por estimar que incurrió en violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en las siguientes normas:

## SALA PLENA

### a) De la Constitución

#### **Artículo 179. No podrán ser congresistas:**

...

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros ...

#### Artículo 180. Los congresistas no podrán:

...

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean contratistas del Estado ...

### b) De la Ley

Literal b), artículo 1º (sic); literal b), artículo 2º; literal a), numeral 1º del artículo 8º, de la Ley 80 de 1993, el cual reza:

Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes...

#### 1. De la Ley 80 de 1993

Por razones metodológicas, la Sala en primer lugar se referirá a esta disposición con el fin de expresar que estima innecesario acudir a dicha norma para fundamentar la alegada violación por parte del Congresista, del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, toda vez que la solicitud está dirigida es a obtener una sanción de pérdida de investidura que tiene su consagración en regulaciones de la Constitución nacional (artículos 179 a 184), y en las disposiciones pertinentes de las Leyes 5ª de 1992 y 144 de 1994.

Las razones por las cuales considera que incurrió en violación de las referidas causales de pérdida de investidura, las hace consistir en síntesis, en lo siguiente:

El Senador se dedicó a la creación y presentación del espacio televisivo "El Café del Espejo", de la programadora D. F. L. Televisión, lo cual en el fondo constituye una contratación por delegación, percibiendo por ello en forma indirecta emolumentos del Estado; y en las emisiones de dicho espacio televisivo, como presentador, invitaba a los televidentes a pasar a unos comerciales, lo cual significa que para obtener tales pautas publicitarias, gestionó y realizó contratos publicitarios con empresas privadas y oficiales.

## 2. Artículo 179, numeral 3° de la Constitución Nacional

La norma contempla tres supuestos generadores de inhabilidad para ser congresista, con ocurrencia en los seis meses anteriores a la elección.

a) Gestión de negocios ante entidades públicas; b) Celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros; c) Haber sido representante legal de entidades administradoras de tributos o contribuciones parafiscales. (Esta causal no es materia del proceso).

¿Cuándo se da la primera hipótesis, es decir la “gestión de negocios”?

Supone, o, mejor, excluye la celebración de contratos (aunque ésta igualmente supone una gestión previa) que se configura como causal propia o autónoma en la segunda hipótesis de la norma constitucional que se examina.

GESTIONAR, como lo dice el Diccionario de la Lengua Española, es “hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”.

Basta que ante entidades públicas se adelanten o promuevan diligencias en orden a obtener un resultado, así sea en el propio interés de la misma persona que actúa ante el órgano o ente oficial, o en interés de terceros, para que se dé respecto de aquella la inhabilidad para ser elegido Senador de la República o Representante a la Cámara, siempre y cuando la gestión se haya realizado dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

De la segunda hipótesis que contempla en numeral 3° del artículo 179 de la C. N., se desprende que la persona o personas que directamente o a través de apoderado hayan celebrado contrato en su propio beneficio o en el de terceros, con entidades públicas dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, quedan inhabilitados para ser congresistas.

Siguiendo la directriz jurisprudencial, se dirá que la *inhabilidad* nace el día de la celebración del contrato, siempre y cuando esta fecha se sitúe dentro de los seis meses anteriores a la elección.

Si se da crédito a la afirmación del contratante en el sentido de que el convenio venía desde 1992, la que no contradice el acusado y, por otra parte, tal aseveración encuentra respaldo en otros elementos probatorios, como más adelante se precisará, aun admitiendo que lo hubiera sido finalizando dicho año, no se configuraría el presupuesto fáctico del numeral 3° del artículo 179, pues en tal caso, las gestiones que supuestamente el doctor Santofimio Botero hubiese adelantado ante la entidad pública (Ecopetrol) para pretender obtener la propaganda o cuña comercial (por cuyo pago derivaría la financiación de su programa), no está probado que se hubiesen realizado dentro de los seis meses anteriores a su elección como Senador.

También se anota que no figura en el expediente ninguna prueba tendiente a establecer que el Senador hubiese celebrado contrato con Ecopetrol u otra entidad

oficial para la presentación del programa televisivo "El Café del Espejo", dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección.

Por lo tanto se puede afirmar que el doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, no gestionó ni celebró contrato de ninguna naturaleza ni con Inravisión ni con ninguna entidad oficial o particular, para la presentación del programa "El Café del Espejo", dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección. Es decir, por este aspecto, no se configura la causal de inhabilidad invocada en el libelo.

### 3. Artículo 180, numeral 4° de la Constitución Política

3.1 Las prohibiciones del numeral 4° del artículo 180 de la Carta, que el solicitante estima han sido desconocidas por el Senador Santofimio Botero, se refieren igualmente a la celebración de contratos y a la gestión de negocios, comentados precedentemente, pero con la diferencia de que la tipificación consagrada en el numeral 3 del artículo 179, se erige como una conducta previa a la elección como congresista, que por ello lo inhabilita para ser tal; y en esta otra causal (4. del art. 180) se configura una incompatibilidad por realizarse el mismo comportamiento siendo ya congresista.

3.2 Para establecer la invocada celebración de contratos con entidades públicas, en primer lugar, se solicitó a Inravisión certificara si el doctor Alberto Rafael Santofimio Botero había celebrado con dicha entidad contrato de prestación de servicios para la presentación del programa "El Café del Espejo", y la respuesta de dicha entidad, visible a folio 15 del cuaderno número 2 del expediente, expresa:

El Jefe de la Oficina Jurídica de Inravisión (e)

#### CERTIFICA:

Que a Inravisión no le consta que el señor Alberto Rafael Santofimio Botero haya celebrado un contrato de servicios para la presentación del programa "El Café del Espejo" de D. F. L. Televisión.

...

Que el señor Alberto Rafael Santofimio Botero, identificado con la cédula de ciudadanía 5.816.760 de Bogotá, no ha celebrado contrato alguno con Inravisión.

La presente certificación se expide con destino a la Secretaría General del Consejo de Estado, a los 23 días del mes de febrero de 1996.

No figura en el expediente prueba alguna sobre otras entidades que pudieran haber celebrado contratos de servicios con el Senador.

3.3 De las pruebas aportadas al proceso, se desprende que el programador del espacio televisivo "El Café del Espejo", es el señor Diego Fernando Londoño Reyes, identificado con la cédula de ciudadanía 19.146.911 de Bogotá. Obra igualmente, a

folio 18 y siguientes del cuaderno número 2 del expediente, el contrato de concesión de espacios de televisión número 2824 de 5 de agosto de 1991, suscrito con el mencionado señor e Inravisión, Empresa Industrial y Comercial del Estado. Por lo anterior y para los efectos que más adelante se precisarán, este es un contratista del Estado.

3.4 El acuerdo que existió entre el doctor Santofimio Botero para la presentación del programa “El Café del Espejo”, y Diego Fernando Londoño, fue un contrato de prestación de servicios de naturaleza civil, conforme a los artículos 1973 del Código Civil, en concordancia con el artículo 2063 *ibidem*, entre dos personas naturales y del cual surgieron obligaciones para las partes, tales como la de que el Contratista dirigiera el programa de televisión, asistiera a las grabaciones y que el contratante le permitiera el acceso a los estudios, a la grabación y al espacio televisivo y como consecuencia, el primero de los citados recibiera como contraprestación un minuto para vender mensajes que podrían ser de publicidad, tal como se desprende de las pruebas que se relacionan.

Para establecer el vínculo contractual existente, para la presentación del programa “El Café del Espejo”, se recibió declaración juramentada de Diego Fernando Londoño Reyes, quien al interrogársele sobre el conocimiento que tenía del Congresista, dijo:

Lo conozco desde el año 92, precisamente con ocasión de haberlo contratado para presentar el programa “El Café del Espejo”. Sin embargo, el conocimiento no va más allá del generado en su trabajo como presentador del mencionado programa. (Subrayas fuera del texto). (Fl. 61, cdno. ppal.)

En otro aparte de la misma declaración, dijo lo siguiente:

Preguntado: El programa “El Café del Espejo” ¿desde cuándo fue dirigido y presentado por el doctor Alberto Santofimio Botero? Contestó: En mi declaración de ayer dije que el programa está en el aire desde 1992 y desde la primera vez ha sido dirigido y presentado por dicho señor. (Fl. 89, cdno. ppal.)

Lo anterior coincide con la certificación expedida por Inravisión, según la cual:

**EL SUSCRITO JEFE DE LA DIVISION DE TELEVISION COMERCIAL DE INRAVISION, HACE CONSTAR:**

Que una vez revisados los archivos de programación que reposan en la oficina de tráfico, se verificó que el Recreativo Variedades magazín “El Café del Espejo”, de la concesionaria Diego Fernando Londoño, comenzó su emisión a partir del 27 de agosto de 1992 al 14 de diciembre de 1995, en el horario de 23:10 a 23:40 por el canal A.

...

*Jorge Orjuela Solano*

Jefe División TV Comercial. (Fl. 14, cdno. 2).

## SALA PLENA

Vale la pena destacar a este respecto, la nota del 27 de febrero de 1996 visible al folio 80 del cuaderno principal del expediente, suscrita por el señor Juan Manuel Beltrán como "Gerente General" de D. F. L. Televisión, la cual reza:

De acuerdo con la solicitud por ustedes formulada, se anexa el contrato de prestación de servicios entre DFL Televisión y Alberto Santofimio Botero.

Aunque el contrato no se encuentra firmado por las partes, las cláusulas que lo componen reflejan el espíritu del convenio, y durante todo el tiempo que el doctor Santofimio se desempeñó como Director y Presentador del programa "El Café del Espejo", las relaciones se rigieron de acuerdo con el contenido del referido contrato.

Lo anteriormente transcrito, constituye un indicio más de que con anterioridad al 27 de agosto de 1994, se había celebrado el acuerdo verbal de voluntades sobre la realización del programa "El Café del Espejo" y su remuneración.

Los videos acompañados con la demanda dan cuenta de la presentación del Senador en el programa de televisión "El Café del Espejo".

Según declaración juramentada de Diego Fernando Londoño, él convino con el Senador, la dirección y presentación del aludido espacio de televisión que corresponde al primero de los citados, adjudicado mediante una licitación pública y como contraprestación por dicha actividad, el Congresista tenía derecho a transmitir un minuto de publicidad, pues los cinco minutos restantes que tenía el programa, le correspondían al declarante, que eran los que se vendían a través de las agencias publicitarias "Tony Fernández y Asociados S. A., Mejía y Asociados S. A. y Sigma Comunicación e Imagen S. A."

Las personas o empresas a las cuales el doctor Santofimio Botero, pudo venderles pautas publicitarias para ser transmitidas durante el minuto que le fue otorgado, no fue posible establecerlas porque aquellas a las cuales el demandante se refirió en su solicitud porque creyó que eran las que el demandado obtenía, en el período probatorio se estableció con las declaraciones juramentadas de Diego Fernando Londoño Reyes y de Jaime Peña Vallecilla, representante legal de la sociedad Mejía y Asociados, que si bien ellas pagaron pautas publicitarias y se transmitieron los avisos televisivos en el programa "El Café del Espejo", correspondían a las que el contratista del Estado, se había reservado para él o para la programadora, pero no para el Congresista.

El primero de los citados, sobre el particular dijo:

... como contraprestación él podía comercializar un minuto de publicidad de la que por ley le corresponde al programa. Por ello no recibió ninguna clase de bien o servicio, sino ingresos en dinero provenientes de la venta que él mismo realizaba de ese tiempo. (Fl. 61, cdno. ppal).

Jaime Peña Vallecilla, sobre el tema dijo lo siguiente:

**Preguntado:** En el aspecto comercial del programa el café del Espejo, ¿esto lo desarrollaba el doctor Alberto Santofimio Botero? **Contestó:** El únicamente tenía derecho a vender el minuto que le había entregado la programadora para pagarle su trabajo. El resto del aforo del programa, lo comercializaba Mejía y Asociados, o sea cinco (5) minutos. (Fl. 82, cdno. ppal.)

Apenas en la declaración juramentada del señor Diego Fernando Londoño, se menciona la posibilidad de que el doctor Santofimio Botero haya podido acordar con Bavaria. Dijo el declarante:

**Preguntado:** En dicho minuto, qué clase de propagandas o patrocinadores obtuvo para el programa “El Café del Espejo”. **Contestó:** Clientes tradicionales que en la mayoría de las ocasiones hasta donde me acuerdo, fue Bavaria. (Fl. 61, cdno ppal.).

El señor Jaime Peña Vallecilla, representante de Mejía y Asociados, no le consta que haya existido un acuerdo sobre la materia. En su declaración expresó lo siguiente:

**Preguntado:** Sabe usted, si la sociedad o empresa Bavaria, cancelaba dineros, bienes o servicios, al doctor Alberto Rafael Santofimio Botero, por transmitir en el programa “El Café del Espejo”, propaganda a dicha empresa? **Contestó:** Es posible pero no lo puedo certificar. (Subrayas fuera del texto). (Fl. 85, cdno ppal).

Sin embargo, consta en el expediente que Diego Fernando Londoño canceló honorarios al Senador por el minuto de contraprestación. En efecto, al folio 91 del cuaderno principal, dice:

**Preguntado:** Los honorarios que D. F. L. aparece cancelando al doctor Santofimio Botero, los hace D. F. L., por razón del contrato, o si corresponde al valor del minuto que tenía para comercializar. **Contestó:** Corresponde al valor del minuto neto pagado o contratado por el señor Santofimio en razón del minuto, no en razón del contrato mencionado, o sea, que el señor Santofimio, para poder obtener ingresos o pago por su trabajo en el programa, tuvo que ir a diferentes empresas anunciadoras, que le compraran el espacio comercial a que tiene derecho. El dinero al minuto de publicidad acordado con el señor Santofimio, que es a su vez la cifra que a él se le pagaba.

No obstante lo anterior, resulta que si bien el doctor Santofimio quedó facultado para remunerarse en especie con un minuto para la transmisión de mensajes de televisión que podría vender, lo cierto es que no hay prueba de que él haya vendido propaganda o mensajes personales o institucionales. Sin embargo, sí quedó probado que él recibió dinero de Diego Fernando Londoño, por director y presentador del programa “El Café del Espejo”, según se desprende de los cinco comprobantes de

## SALA PLENA

pago que se anexaron al expediente, por la "colaboración cultural programa Café del Espejo", los cuales constan en hojas membreteadas de D.t.F.v.L., bajo el NIT 19.146.911-1. En vía de ejemplo, la correspondiente al pago del mes de diciembre de 1995, dice textualmente:

"Bogotá, enero 30 96 2.854.800.00.

Alberto Santofimio Botero..

Dos millones ochocientos cincuenta y cuatro mil ochocientos pesos moneda legal.

Comprobante		D.t.F.v.L.
Egreso 06351		Nit 190.146.911-1
Código	Concepto	Valor
	Pago colaboración cultural Prog.	
	Café del Espejo mes de dic/95 (sic)	
23352501		
11100504	Honorarios \$3.172.000.00 Rte. Fte.	
	Bancobogotá \$3.172.000.00	\$2.854.800.00
	4389853	
	Bogotá	

Preparado. Revisado. Aprobado. Contabiliz..Firma y sello del beneficiario. CRL JCC. (visto bueno ilegible) (en blanco) c.c. NIT (no aparece). Firma ilegible

De lo anterior resulta que si bien se planteó el pago en especie, no quedó probado que el Senador vendiera el minuto para transmitir mensajes televisivos, pero sí que Diego Fernando Londoño le pagó en dinero efectivo su presentación del programa. (Fl. 65, cdno. ppal).

Dilucidado el aspecto de la relación contractual entre el doctor Santofimio Botero y el señor Diego Fernando Londoño, contratista este del Estado, estima pertinente la Sala advertir que si se atiende a la consideración de que el contrato del Congresista tendría como objeto alguna o alguna de las prestaciones a las que se ha obligado Diego Fernando Londoño o simplemente se relacionen con el objeto del que este celebra con el Estado, tendríamos que el Senador pese a ello, en dicho caso no incurriría en la causal de incompatibilidad que se examina, porque no se aportó prueba sobre el ejercicio del cargo de Senador en agosto de 1992 -cuando se celebró el contrato-, pues de haber sido así, tal circunstancia, que, por lo demás, no es a la que

se contraen los hechos de la solicitud, quedaría cobijada con la excepción que a la misma causal se establece en el numeral 11 del artículo 283 de la Ley 5ª de 1992.

La Ley 5ª de 1992 o Estatuto del Congresista desarrolló las causales de inhabilidad e incompatibilidad de los Congresistas, y en ella estableció excepciones, y según el artículo 283-11, dispuso:

... Las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los congresistas puedan directamente o por medio de apoderado:

...

11. Participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas.

La Sala desea abundar un poco sobre la evolución del carácter cultural que debe orientar el servicio público de televisión, para lo cual se permite exponer lo siguiente:

Este servicio se estuvo rigiendo para el caso que nos ocupa, bajo la vigencia del Decreto-ley 1900 de 1990, la Ley 14 de 1991 y la Ley 182 de 1995.

En el artículo 6º del primero de los estatutos mencionados se estableció que el Estado garantizaría el pluralismo en la difusión de información y en la presentación de opiniones, como un derecho fundamental de la persona, del cual se deriva el libre acceso al uso de los servicios de telecomunicaciones y propendería, por tanto, para que todos los grupos, en especial los más débiles económicamente y los marginados, tuviesen acceso a ellos a fin de propiciar “la expresión de su cultura y su integración a la vida nacional”.

Por su parte, la citada Ley 14 de 1991, en su artículo 9º, literal e), señaló como uno de los objetivos de Inravisión la utilización directa o compartida de los espacios de televisión, “para transmitir programas informativos, recreativos y didácticos”. (La negrilla no es del texto).

A través de los Acuerdos 06 de 17 de junio de 1993 y 26 de 3 de noviembre de 1994, la Comisión Nacional de Televisión clasificó los espacios de televisión, señalando entre los de carácter didáctico “Aquellos que tienen como propósito central enseñar”, distinguiendo en estos dos modalidades:

a) *Educativos formales*. Aquellos cuyo fin es enseñar a través de métodos pedagógicos tradicionales;

b) *Educativos no formales*. Aquellos cuyo fin es enseñar a través de métodos no pedagógicos tradicionales.

Finalmente, la Ley 182 de 20 de enero de 1995, al determinar, en su artículo 2º, entre los fines del servicio de televisión los de “formar, educar...”, agrega que con ello

se busca, entre otras cosas, “propender por la difusión de los valores humanos y expresiones culturales de carácter nacional, regional y local”, lo cual debe cumplir, dice, dentro de principios de los cuales cabe destacar, el de “respeto al pluralismo político, religioso, social y cultural”.

En concordancia con lo anterior, la misma ley, al señalar las reglas para la clasificación del servicio de televisión en función del criterio con el que debe operar, señala que respecto de la “orientación general de la programación” que se emita, “la Comisión Nacional de Televisión clasificará el servicio en:

a) *Televisión Comercial*: es la programación destinada a la satisfacción de los hábitos y gustos de los televidentes, con ánimo de lucro, sin que esta clasificación excluya el propósito educativo, recreativo y cultural que debe orientar a toda televisión colombiana;

b) *Televisión de interés público, social, educativo y cultural*. Es aquella en la que la programación se orienta en general, a satisfacer las necesidades educativas y culturales de la audiencia. (Arts. 18 y 21).

Entendiendo la educación como el desarrollo o perfeccionamiento de las facultades intelectuales, morales y físicas del individuo, así como el del espíritu cívico y el gusto artístico, y la cultura como civilización progresiva, es decir como el grado de desenvolvimiento de un pueblo o grupo social, expresada a través de sus conocimientos, sus técnicas, religiones, legislación, tradiciones, creencias y costumbres, y, en fin cuanto contribuye a organizar la vida y cuanto la amenaza y perturba; o simplemente como amplitud del conocimiento y del saber como resultado del estudio, del trato social, de la información y comunicación y de otras fuentes de vida y relaciones, según las definiciones que de tales conceptos se han dado, se establecerá la excepción de incompatibilidad en estudio.

En cuanto a la orientación del programa, conviene expresar que todas las pruebas allegadas al proceso coinciden en calificar al “Café del Espejo” como cultural, aunque algunas veces adicionando el calificativo de programa recreativo, variedades, magazín, y aun de comercial-cultural.

Es así como lo califican Diego Fernando Londoño, el Secretario General del Instituto Nacional de Radio y Televisión, los comprobantes de pago (fl. 65, cdno. ppal) y Jaime Peña Vallecilla, entre otros, en la siguiente forma:

Diego Fernando Londoño, expresó que “el papel del señor Alberto Rafael Santofimio Botero en el programa cultural ‘El Café del Espejo’, fue de director y presentador del mencionado programa. Este se grababa una vez al mes en nuestros estudios”. (Oficio fl. 11, cdno. 2).

Y en su declaración corroboró lo anterior en la siguiente forma: “**Preguntado:** El programa “El Café del Espejo”, ¿qué carácter tiene ante la televisión colombiana,

es decir, si es un programa de carácter comercial, cultural o de otra especie? **Contestó:** Es un programa de carácter comercial-cultural". (Fl. 61, cdno. ppal.).

El Secretario General del Instituto Nacional de Radio y Televisión, certifica que el programa "El Café del Espejo" que se emitió entre el 27 de agosto de 1992 al 14 de diciembre de 1995, en horario de 23:10 a 23:40 por el Canal A, tenía carácter de recreativo, variedades, modalidad Magazín cultural. (Fl. 78, cdno. 2).

Jaime Peña Vallecilla, señaló en su declaración que "Ese es un programa, era como una especie de magazín un programa donde tenía cultura, política, opinión y actualidad. Era un magazín que consistía en todas esas cosas". (Fl. 82, cdno. ppal.).

En estas condiciones y de acuerdo con lo expuesto con anterioridad, el programa a través del cual se entrevistan artistas y poetas colombianos y se expresan por estos como por su entrevistador (el Director y Presentador del programa), opiniones acerca de las técnicas, estilos y proyecciones de las artes plásticas y de la poesía, tiene un contenido y carácter francamente cultural y educativo, como que con él se enseña y forma mediante pedagogía no tradicional, a la vez que se exaltan y rescatan para la audiencia valores intelectuales, todo lo cual permite sin dificultad reconocer el mencionado carácter que distingue al programa "El Café del Espejo", en un todo acorde con los fines, principios y espíritu que la ley ordena imprimir a la programación televisiva, y sin que por los libretos o cuñas comerciales que se transmiten en brevísimos períodos de tiempo, deje el programa de corresponder al propósito educativo y cultural que debe orientar toda la televisión colombiana, y a la exigencia de satisfacer los gustos y necesidades que del mismo orden reclama una audiencia.

Encuadran justamente estas circunstancias, que caracterizan el programa, en la excepción prevista en el numeral 11 de la Ley 5ª de 1992, según la cual "las incompatibilidades constitucionales no obstan para que los Congresistas puedan directamente ... participar en actividades científicas, artísticas, culturales, educativas y deportivas" (las subrayas no son del texto), por lo cual es de concluir que el Senador Alberto Rafael Santofimio Botero, no ha incurrido en la incompatibilidad que se le endilga.

3.5 Para finalizar, como no está demostrado que Diego Fernando Londoño reciba del Estado fondos públicos para que los administre, maneje o invierta y, aún más, él mismo lo niega en su declaración, desde este punto no se daría la incompatibilidad prevista en uno de los supuestos que contiene la norma constitucional (art. 180-4 de la C.N.).

Considera la Sala por todo lo anteriormente expuesto, que no hay lugar al decreto de pérdida de investidura solicitada, por no haber incurrido el Senador de la República en violación de alguna causal de inhabilidad ni incompatibilidad de las señaladas en la demanda.

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 ley,

FALLA:

DENIEGASE la solicitud de pérdida de investidura del Senador de la República, doctor Alberto Rafael Santofimio Botero.

Comuníquese esta decisión a la Mesa Directiva del Senado de la República, al Consejo Nacional Electoral y al Ministro del Interior, para lo de su cargo.

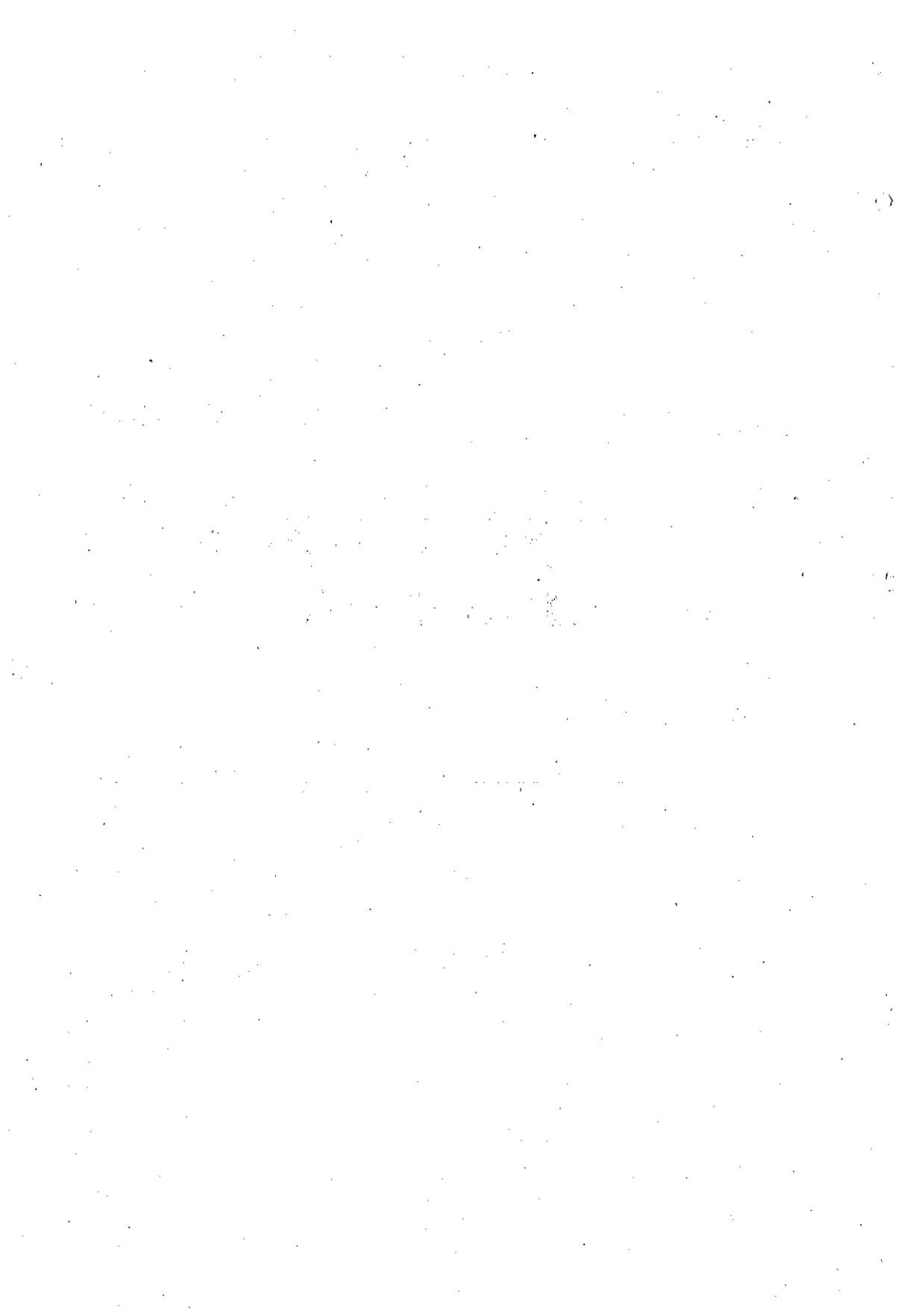
Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia, fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de doce (12) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

*María Eugenia Samper R., Daniel Suárez Hernández. Presidente; Joaquín Barreto Ruiz, Mario Rafael Alario M., Ernesto R. Ariza Muñoz, Carlos Betancur Jaramillo, Jesús María Carrillo B., Guillermo Chahín Lizcano, Julio Enrique Correa R., Miren de la Lombana de M., Clara Forero de Castro, Fernando Sarmiento, conjuez; Amado Gutiérrez Velásquez, Luis Eduardo Jaramillo M., ausente; Alvaro Lecompte Luna, Juan de Dios Montes H., Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Juan Alberto Polo F., Libardo Rodríguez R., Consuelo Sarria Olcos, Manuel Santiago Urueta Ayola.*

*Mercedes Tovar de Herrán, Secretaria.*

**SECCION  
PRIMERA**



**VISA - Cancelación / ACTA DE CANCELACION DE VISAS / RECURSOS -  
Improcedencia / MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Facul-  
tades / POLITICA MIGRATORIA / POLITICA EXTERIOR DE COLOM-  
BIA - Orientación.**

Según el artículo 1° del Decreto 2126 de 1992 el Ministerio de Relaciones Exteriores es el órgano que propone, orienta, coordina y ejecuta la política exterior de Colombia bajo la dirección del jefe del Estado y en desarrollo de tal misión, entre otras funciones, le compete: formular la política internacional del Estado y someterla a consideración del Presidente de la República (numeral 1°); desarrollar la política exterior del Estado (numeral 3°); otorgar las autorizaciones de ingreso de extranjeros al país (numeral 16). Conforme al artículo 6° numeral 7° del Decreto 2110 de 1992, le corresponde a dicho Ministerio, en colaboración con el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la adopción de políticas sobre migración, función ésta que comprende las de inmigración, emigración y permanencia de extranjeros en el país. Tales atribuciones, que son expresión de la soberanía de todo Estado, suponen necesariamente la posibilidad de que dichas materias sean reguladas discrecionalmente. En otro giro, es potestativo de cualquier país, y para el caso Colombia, reservarse la facultad de permitir el ingreso de extranjeros, así como su permanencia y salida del mismo.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección  
Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3343.

Acción: Nulidad.

Actor: Héctor Justino Jaramillo Ulloa.

## SECCION PRIMERA

El ciudadano Héctor Justino Jaramillo Ulloa, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., ha presentado demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 38 del Decreto Reglamentario número 2241 de 9 de noviembre de 1993, "*por el cual se dictan disposiciones sobre expedición de visas, control de extranjeros, y se dictan otras disposiciones en materia de inmigración*", expedido por el Gobierno Nacional.

### I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para impetrar la nulidad de la disposición acusada adujo el actor, en esencia, lo siguiente:

Cuando una disposición desconoce a una persona extranjera el derecho de participar en un debido proceso y de defenderse contra cualquier motivo que eventualmente se aduzca por las autoridades encargadas de controlar su permanencia en el país, no solamente se está violando el artículo 29 de la Constitución Política sino los artículos 5°, 13, 85, 93 y 100 *ibidem*, 3°, 49 y 50 del C.C.A., 1°, 3°, 8°, y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, II, XVII y XXVI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes, y 7° y 10, de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos adoptada por la ONU en 1948.

Las normas legales, que se supone dan la base para la reglamentación, en ninguna parte estipularon lo concerniente a la supresión de los recursos legales contra los actos administrativos producidos por los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, específicamente sobre aquellos que hacen alusión a la cancelación de la visa otorgada a los extranjeros, por lo cual, además de desconocer el acto acusado el debido proceso, viola los artículos 189 numeral 11 de la Carta Política y 3° del C.C.A., en cuanto al principio de contradicción.

Conforme a las previsiones legales mediante las cuales se determinó la estructura orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, si bien es cierto que se otorga facultad discrecional para la concesión de las visas, dicha discrecionalidad no opera en la misma forma una vez el extranjero ha obtenido regularmente su ingreso al país, pues en este caso las autoridades deben respetar no sólo los preceptos constitucionales y legales internos sino también los convenios y tratados internacionales que ligan al país con la comunidad internacional.

### II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

#### II.1. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Nación-Departamento Administrativo de Seguridad –DAS–, a través de apoderado, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones expresó principalmente lo siguiente:

1. Una de las limitaciones que tiene el extranjero en Colombia es la referente a su ingreso o permanencia, la cual está sometida a un requisito fundamental que es la visación. En nuestro país la norma vigente en materia de expedición de visas y migración es el Decreto 2241 de 1993, de cuyas disposiciones se infiere la competencia discrecional del Gobierno para autorizar, negar o cancelar las visas.

2. La no procedencia de recursos contra el acto administrativo de cancelación de visa obedece exclusivamente a la razón de que para la continuidad de la vigencia de la visa temporal de trabajador es presupuesto *sine qua non* la vinculación laboral del extranjero a la empresa y la consiguiente vigencia del contrato. Lógico es pensar que una vez cese el vínculo laboral la visa pierde su vigencia, pues de no ser así se estaría asistiendo al nacimiento de visas temporales con vigencia indefinida, lo cual contraría el artículo 29 del mencionado decreto.

Además, la no existencia de recursos no vulnera el derecho de defensa y el debido proceso ya que el extranjero puede acudir a otros mecanismos como la solicitud de revocatoria directa o la acción de tutela.

### III. CONSIDERACION DE LA SALA:

El artículo 38 del Decreto Reglamentario número 2241 de 9 de noviembre de 1993 acusado es del siguiente tenor:

“Artículo 38. El Ministerio de Relaciones Exteriores en uso de su competencia discrecional y a través del Jefe de la División de Visas, podrá disponer la cancelación de visa. Contra el acto de cancelación de visa, no procede recurso alguno y su titular deberá abandonar el país dentro del mes siguiente a la notificación del acto de cancelación, so pena de ser deportado”.

El mencionado Decreto 2241 fue expedido en ejercicio de la potestad reglamentaria y en desarrollo de los artículos 1° del Decreto-ley 1050 de 1968, 1° numeral 16 del Decreto 2126 de 1992 y 6° numerales 7° y 8° del Decreto 2110 de 1992.

Al analizar el texto de los dos últimos decretos se advierte lo siguiente:

Según el artículo 1° del Decreto 2126 de 1992 el Ministerio de Relaciones Exteriores es el órgano que propone, orienta, coordina y ejecuta la política exterior de Colombia bajo la dirección del Jefe del Estado, y en desarrollo de tal misión, entre otras funciones, le compete: Formular la política internacional del Estado y someterla a consideración del Presidente de la República (numeral 1°); desarrollar la política exterior del Estado (numeral 3°); otorgar las autorizaciones de ingreso de extranjeros al país (numeral 16).

Así mismo, conforme al artículo 6° numeral 7° del Decreto 2110 de 1992, le corresponde a dicho Ministerio, en colaboración con el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– y el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la adopción de

## SECCION PRIMERA

políticas sobre migración, función esta que comprende las de inmigración, emigración y permanencia de extranjeros en el país.

Tales atribuciones, que son expresión de la soberanía de todo Estado, suponen necesariamente la posibilidad de que dichas materias sean reguladas discrecionalmente. En otro giro, es potestativo de cualquier país, y para el caso Colombia, reservarse la facultad de permitir el ingreso de extranjeros, así como su permanencia y salida del mismo.

Ahora, de los textos legales enunciados se deriva claramente una amplia facultad para el Ministerio de Relaciones Exteriores y el Departamento Administrativo de Seguridad –DAS– en materia de adopción de políticas migratorias, ante la ausencia de señalamiento en aquellos de requisitos a los cuales deban sujetarse dichos organismos, razón por la cual la norma acusada bien podía, como en efecto lo hizo, atribuirle el carácter de discrecional al acto de cancelación de la visa, como componente de dicha política, así como la no posibilidad de su impugnación.

Habida cuenta que las violaciones a que alude el cargo de la demanda se centran en el carácter no discrecional del acto de cancelación de visa, las consideraciones precedentes conducen a la Sala a denegar las pretensiones de la demanda.

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

### FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE al actor la suma depositada para gastos del proceso, por no haber sido utilizada.

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

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 25 de enero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Presidente, *Rodrigo González Ramírez*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, Ausente; *Manuel S. Urueta Ayola*.

## **ACTO COMPLEJO / CADUCIDAD - Término**

Del contenido del parágrafo del artículo 4° del Decreto 00263 de 1988, se infiere que para que la voluntad administrativa del Alcalde Municipal de Floridablanca, plasmada en el artículo 4° de dicho decreto, de autorizar las rutas a la Empresa de Transportes Lúsitania S. A. produjera plenos efectos, debía ser avalada por la voluntad administrativa del Alcalde Metropolitano de Bucaramanga. Ello encaja dentro de la concepción que la doctrina y la jurisprudencia tienen acerca del acto administrativo complejo, esto es, cuando la voluntad de la administración se integra por la intervención de dos organismos pertenecientes a la misma entidad o a entidades diferentes. Teniendo en cuenta que la voluntad administrativa del Alcalde sólo se manifestó a través de la Resolución N° 0037 de 5 abril de 1993, es a partir de la fecha que los interesados tuvieron conocimiento de este acto que debe contarse el término de caducidad de la acción.

## **RUTAS Y HORARIOS / ACTO DE ADJUDICACION DE RUTAS Y HORARIOS / VISTO BUENO / ACTA FIRMADA**

El hecho de que la Alcaldía Metropolitana de Bucaramanga hubiera expedido la Resolución número 0037 de 5 de abril de 1993 impartiendo el visto bueno para que la Empresa demandante pudiera servir las rutas adjudicadas en el artículo 4° del Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988 no conlleva a afirmar que se dio cumplimiento al artículo 91 del Decreto 1066 de 1988 pues el acto administrativo que debe dictar la autoridad administrativa en cuya jurisdicción se encuentre la sede de la empresa, debe ser el producto del consenso previo de las autoridades competentes, que debe constar en una acta firmada por las mismas, y no de un simple visto bueno posterior al acto de adjudicación.

## **SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / NECESIDADES DE LA COMUNIDAD / RENTABILIDAD DE EMPRESA TRANSPORTADORA - Norma / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia**

## SECCION PRIMERA

La posibilidad de que la prestación del servicio público de transporte se haga por determinado número de empresas de transporte depende de las necesidades de la comunidad. Luego, siempre el hecho de autorizar una ruta que tenga incidencia en otra u otras rutas servidas por otras empresas de transporte necesariamente conlleva a una merma en la rentabilidad de éstas, pero no por ello hay lugar a un restablecimiento del derecho, en caso de acceder a la nulidad del acto administrativo que otorgó la respectiva ruta. Sólo habrá lugar a tal restablecimiento en la medida en que aparezca demostrado que no existía la necesidad de la comunidad que justificara la adjudicación de las rutas para la empresa de transportes.

### RUTAS Y HORARIOS - Adjudicación / AUTORIZACION DEL RADIO DE ACCION / ACTO COMPLEJO - Inexistencia

La autorización del radio de acción, si bien constituye un requisito previo para el acto administrativo de adjudicación, es autónomo e independiente de la actuación en donde se expida éste, razón por la cual no puede ser objeto de enjuiciamiento cuando se controvierta el acto administrativo definitivo de adjudicación de rutas.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Referencia: Expediente N° 3416.

Recursos de apelación contra la sentencia de 11 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

Actoras: Transportes Colombia S. A. y otra.

Se deciden los recursos de apelación oportunamente interpuestos por los apoderados de la parte actora y de la impugnante empresa de Transportes Lusitania S. A. contra la sentencia de 11 de mayo de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que declaró la nulidad del acto administrativo complejo acusado y denegó las demás pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I.1 La sociedad Transportes Colombia S. A. Transcolombia S. A. y la Cooperativa Multiactiva de Transportadores de Santander Ltda., Cotrander, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagra-

da en el artículo 85 del C.C.A, presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1a. Es nulo el acto administrativo complejo conformado por el artículo 4° del Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988, *por medio del cual se resuelven unos recursos, unas oposiciones y se autoriza la operación de unas rutas a una empresa de transporte*, el artículo 3° de la Resolución número 00001 de 2 de enero de 1989, *por medio de la cual se resuelven unos recursos*, expedidos por el Alcalde de Floridablanca (Santander) y la Resolución número 0037 de 5 de abril de 1993, *por la cual se imparte un visto bueno*, expedida por el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga.

2a. Se condene a las demandadas a pagar solidariamente en favor de Transcolombia S. A. la suma de \$5.400.000.00 mensuales a partir del 1° de julio de 1993, fecha en la cual se dieron al servicio las rutas autorizadas ilegalmente a la Empresa Lusitania S. A., y hasta el día en que cesen en su operación.

3a. Se condene a las demandados a pagar solidariamente en favor de Contrander Ltda. la suma de \$18.000.000.00 mensuales desde el 1° de julio de 1993, fecha en la cual se dieron al servicio las rutas autorizadas ilegalmente a la empresa Lusitania S. A., y hasta el día en que cesen en su operación.

4a. Se declaren sin efecto las matrículas de vehículos que se hayan efectuado y que en el futuro se hagan con base en el acto administrativo complejo demandado.

1.2 En apoyo de sus pretensiones las actoras adujeron los siguientes cargos de violación:

El acto administrativo complejo viola los artículos 35, 36, 39, 40 y 91 del Decreto número 1066 de 1988, por las siguientes razones:

1o. Las rutas que pretendía servir la empresa Lusitania S. A. y que le fueron autorizadas mediante el acto administrativo complejo acusado, pretendían la comunicación y el servicio de Bucaramanga y Floridablanca, dos municipios del área metropolitana de Bucaramanga y tenían, en consecuencia, el carácter de metropolitanas.

2o. A la fecha en que se expidió el Decreto número 00263 de 1988 la Asamblea Departamental de Santander aún no había autorizado al Alcalde Metropolitano de Bucaramanga para manejar, organizar, controlar y vigilar la actividad transportadora en su jurisdicción. En consecuencia, la norma aplicable para determinar la competencia era el artículo 91 del citado Decreto 1066, según el cual el competente es el Alcalde con Jurisdicción en la ciudad o municipio sede de la empresa solicitante, previo consenso entre los alcaldes por cuya jurisdicción pase la ruta, levantándose un acta firmada por las correspondientes autoridades, la cual serviría de base para que aquella en cuya jurisdicción se encontrara la sede de la empresa, dictara el acto administrativo correspondiente.

## SECCION PRIMERA

3o. La Empresa Lusitania S. A., peticionaria de las rutas, tenía su domicilio en Bucaramanga y no en Floridablanca. No obstante ello el Alcalde de Floridablanca le dio curso a la solicitud, sin previo consenso con el Alcalde de Bucaramanga, limitándose a establecer una condición suspensiva consistente en la obtención previa del visto bueno por esa autoridad, requisito este que no era el previsto en la norma citada.

4o. El Alcalde Metropolitano de Bucaramanga impartió el visto bueno requerido por el Decreto número 00263 de 1988, sin que la ley le diera competencia para ello.

Además la empresa Lusitania S. A. no reunía los requisitos establecidos por el artículo 36 del Decreto número 1066 de 1988, pues no adjuntó el paz y salvo de que trata el literal i) del mismo.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 11 de mayo de 1995, que fue oportunamente apelada por los apoderados de las actoras y de la impugnante.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

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

1o. El Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988, expedido por la Alcaldía Municipal de Floridablanca, junto con la Resolución número 00001 de 2 de enero de 1989, de la misma autoridad, constituyen un acto administrativo compuesto, pues las medidas adoptadas en el primer acto requerían para su firmeza del pronunciamiento que impone el ejercicio del recurso de reposición. Es decir, el citado decreto no podía adquirir firmeza mientras no se fallaran los recursos de la vía gubernativa debida y oportunamente interpuestos por quienes tenían titularidad para el efecto.

2o. La Alcaldía de Floridablanca se negó a conceder el recurso de apelación interpuesto contra el referido Decreto número 00263 aduciendo la autonomía del municipio como ente descentralizado.

Al respecto conviene recordar que por mandato del Decreto 1066 de 1988, constitutivo del Estatuto Nacional del Transporte, a los Alcaldes Metropolitanos y Municipales les fueron delegadas, entre otras funciones, las de adjudicar rutas de servicio de transporte de pasajeros, los artículos 116 y 117 del citado decreto contemplaron expresamente el control de tutela sobre las mencionadas autoridades y dispusieron que los recursos de apelación que se interpusieran dentro de los procesos administrativos debían ser conocidos y fallados por el INTRA, lo cual significa que sí había control de tutela y que los municipios y las áreas metropolitanas no actuaban en su carácter de entidades descentralizadas sino como simples autoridades desconcentradas.

3o. El Decreto número 00263 de 1988 y la Resolución número 0037 de 1993 conforman un verdadero acto administrativo complejo ya que la decisión es una y se concreta en el otorgamiento de 4 rutas a la empresa de transporte Lusitania S. A.,

pero a diferencia de lo que ocurre con los dos actos en los que sólo intervino para su formación la voluntad del Alcalde Municipal de Floridablanca, configurándose así un acto compuesto, en este caso interviene una autoridad diferente y autónoma: el área metropolitana de Bucaramanga cuyo asentimiento era requisito para que tales rutas pudieran operar.

En estas condiciones los términos para la caducidad de la acción deben contarse a partir de la publicación, notificación o ejecución del acto según el caso, por mandato del artículo 136 del C.C.A. Por consiguiente, sólo a partir de la última y tercera manifestación de voluntad deben contarse los términos para efectos de la caducidad.

Si la resolución número 0037 fue expedida el 5 de abril de 1993 y la demanda fue recibida en el Tribunal el 5 de agosto del mismo año, debe aceptarse que su presentación se hizo dentro del término previsto por el referido artículo 136.

4o. Tampoco acepta la Sala que la Resolución número 0037 de 1993 sea un simple acto de ejecución, como lo plantean los apoderados de la empresa Lusitania S. A. y del área Metropolitana de Bucaramanga, porque, como ya se dijo, la manifestación de voluntad del Alcalde Metropolitano constituía un requisito o condición necesario, previo y forzoso, para que las 4 rutas pudiesen operar.

5o. En cuanto a la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa propuesto por el apoderado del municipio de Floridablanca, resulta infundada desde todo punto de vista, pues basta reparar que el Decreto número 00263 de 1988 por voluntad de la misma Alcaldía Municipal de Floridablanca solamente era susceptible del recurso de reposición y este mecanismo no es obligatorio para agotar la vía gubernativa, por expreso mandato del artículo 63 del C.C.A.

Conviene recordar que el recurso de apelación interpuesto fue rechazado mediante la Resolución número 00001 de 1989, dándose así ocurrencia a la situación contemplada en el artículo 135 inciso 3º del C.C.A.

6o. A través del artículo 4º del Decreto número 00263 de 1988, que es el acto principal cuya nulidad se demanda, la Alcaldía Municipal de Floridablanca otorgó cuatro rutas a la empresa de transportes Lusitania S. A. de manera unilateral, en principio, dejando que la Alcaldía Metropolitana de Bucaramanga con un simple asentimiento o visto bueno permitirá la operatividad de tales rutas. Pero no hubo ninguna reunión previa ni se levantó el acta que exige el artículo 91 del Decreto número 1066 de 1988, que se invoca en la demanda como violado, por lo cual procede la declaratoria de nulidad.

En lo concerniente a la pretensión de restablecimiento del derecho será negada, por carecer de fundamento jurídico, pues las meras expectativas no pueden generar derechos. La circunstancia de que al aumentar los vehículos prestatarios de servicios de transporte las firmas actoras vieron mermados sus ingresos no conlleva necesariamente a un restablecimiento, pues esa no es la única fuente de la posible merma,

## SECCION PRIMERA

además que no se encuentra comprobado procesalmente que de no haberse expedido el Decreto número 00263 de 1988 las ganancias de las demandantes serían en la proporción de aumento que ellas plantean, amén de que no es absolutamente seguro que ellas hubieran sido las adjudicatarias de las rutas otorgadas.

### III. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

III.1 El apoderado de las empresas demandantes finca su incorformidad con la sentencia apelada en el hecho de que hubo una disminución en el número de usuarios de las rutas que desde antaño servían dichas empresas por causa de los actos acusados y que la prueba de ello lo constituye el dictamen pericial.

III.2 El apoderado de la empresa de transporte Lusitania S. A. finca los motivos de incorformidad, en esencia, así:

1. Ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se demandaron el Decreto número 00263 de 1988 y la Resolución número 00001 de 1989, demanda que culminó con sentencia inhibitoria del Consejo de Estado de 28 de agosto de 1992.

Por consiguiente, los actos administrativos adquirieron plena firmeza y es así como el Alcalde Metropolitano de Bucaramanga procedió a expedir la Resolución número 0037 de 5 de abril de 1993, por medio de la cual impartió el visto bueno y asentimiento para que las rutas otorgadas en el Decreto número 00263 de 1988 operaran en la jurisdicción de Bucaramanga.

2. El Alcalde Metropolitano de Bucaramanga dio cumplimiento a lo estipulado no solamente en el artículo 4º del Decreto número 00263 de 1988, expedido por la Alcaldía Municipal de Floridablanca, sino a lo establecido en el artículo 91 del Decreto número 1066 de 1988 pues analizó los antecedentes administrativos de aquél y estudió y tuvo en cuenta el concepto de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga ST 006-93 de 15 de enero de 1993 para proceder a otorgar el consentimiento.

3. A pesar de que los actos administrativos contenidos en el Decreto número 00263 de 1988 y la Resolución número 00001 de 1989 adquirieron firmeza se quieren revivir por parte de los demandantes.

Mal podría hablarse de acto administrativo complejo respecto de la resolución número 0037 de 1993 pues con ella no opera ni operó el agotamiento de la vía gubernativa, ni mucho menos se interpuso recurso alguno que la interrelacionara con los actos administrativos expedidos por la Alcaldía de Floridablanca, los cuales están completamente en firme y gozan de la presunción de legalidad, lo cual conlleva a declarar la ineptitud de la demanda.

4. Conforme al artículo 91 numeral 3º del C. de P. C. opera la caducidad "cuando el proceso termine por haber prosperado alguna de las excepciones mencionadas en el numeral 7 del artículo 99, o con sentencia que absuelva al demandado o que sea inhibitoria".

Con la sentencia inhibitoria del Consejo de Estado frente al Decreto número 00263 de 1988 y la Resolución número 00001 de 1989, la acción aquí intentada está a todas luces caducada.

#### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se pronuncie un fallo inhibitorio ya que, a su juicio, hay ineptitud sustantiva de la demanda al no haberse impugnado el Decreto número 00240 de 27 de septiembre de 1988, mediante el cual se autorizó el radio de acción urbano a la empresa de transporte Lusitania S. A. y el acto de 27 de septiembre de 1988, que admitió la solicitud de operación, rutas, horarios y frecuencias presentada por la citada empresa, a que aluden los considerandos 1 a 4 del Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988.

#### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Debe la Sala, en primer término, pronunciarse sobre las excepciones que plantean el Agente del Ministerio Público y el apoderado del tercero con interés directo en el proceso: la empresa de transportes Lusitania S. A.

En relación con la excepción de inepta demanda que propone el Agente del Ministerio Público estima la Sala que no tiene vocación de prosperidad por las siguientes razones:

Conforme se lee en los artículos 35 y 36 del Decreto número 1066 de 1° de junio de 1988, *“por el cual se dicta el Estatuto Nacional de Transporte Público Municipal colectivo de pasajeros y mixto, se reglamenta el Decreto 80 de 1987 y se delegan unas funciones al Distrito Especial de Bogotá y a los municipios”*, expedido por el Gobierno Nacional, que sirvió de fundamento para la expedición de los actos administrativos acusados, para autorizar o adjudicar rutas y horarios o frecuencias de despacho a una empresa de transporte se requiere la presentación de una solicitud que debe contener, entre otros requisitos, la indicación de que la empresa tiene autorizado el nivel del servicio, el tipo de vehículo y el Radio de Acción para prestar el Servicio solicitado.

Según el artículo 37 *ibidem*, una vez presentada la solicitud la autoridad competente ordena una publicación de la misma en un diario de amplia circulación en la zona a fin de que dentro del término de 30 días hábiles siguientes a tal publicación los interesados puedan formular oposiciones.

Dichas oposiciones, de acuerdo con lo que prevé el artículo 39 *ibidem* se resuelven mediante acto administrativo motivado y en caso de que no prospere se procederá a adjudicar las rutas.

En este caso, el Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988 desechó las oposiciones y, en consecuencia, en su artículo 4° adjudicó las rutas solicitadas por la Empresa de Transportes Lusitania S. A.

## SECCION PRIMERA

Lo precedente pone en evidencia que la autorización del radio de acción, si bien constituye un requisito previo para el acto administrativo de adjudicación, es autónomo e independiente de la actuación en donde se expida éste, razón por la cual no puede ser objeto de enjuiciamiento cuando se controvierta el acto administrativo definitivo de adjudicación de rutas.

Respeto del acto de 27 de septiembre de 1988, que admitió la solicitud de operación, como precisamente con el mismo se dio inicio a la actuación administrativa que concluyó con el acto administrativo que desechó las oposiciones y adjudicó las rutas, por su carácter de trámite no resulta tampoco enjuiciable.

En lo tocante a la excepción de caducidad que propuso el apoderado de la empresa de Transportes Lusitania S. A. al contestar la demanda y que reitera como fundamento del recurso de apelación, cabe tener en cuenta lo siguiente:

El párrafo del artículo 4° del Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988 dispuso:

“Para que las rutas descritas en el presente artículo operen en la jurisdicción que corresponde a Bucaramanga, de conformidad con el artículo 91 del Decreto 1066 de 1988, requerirán el visto bueno y asentimiento del señor Alcalde de Bucaramanga”.

Del contenido del párrafo transcrito, se infiere que para que la voluntad administrativa del Alcalde Municipal de Floridablanca, plasmada en el artículo 4° de dicho decreto, de autorizar las rutas a la Empresa de Transportes Lusitania S. A., produjera plenos efectos, debía ser avalada por la voluntad administrativa del Alcalde Metropolitano de Bucaramanga.

Ello encaja dentro de la concepción que la doctrina y la jurisprudencia tienen acerca del acto administrativo complejo, esto es, cuando la voluntad de la Administración se integra por la intervención de dos organismos pertenecientes a la misma entidad o a entidades diferentes.

Teniendo en cuenta que la voluntad administrativa del Alcalde Metropolitano de Bucaramanga sólo se manifestó a través de la Resolución número 0037 de 5 de abril de 1993, es a partir de la fecha que los interesados tuvieron conocimiento de este acto que debe contarse el término de caducidad de la acción.

Como quiera que la demanda se presentó el 5 de agosto de 1993 (folio 50 vuelto del cuaderno principal), esto es, dentro del término previsto en el artículo 136 del C.C.A., no operó, por consiguiente, el fenómeno de la caducidad y por lo mismo no está llamada a prosperar dicha excepción.

Cabe agregar que si bien es cierto que esta Corporación en sentencia de 28 de agosto de 1992 (Expediente número 1507, actor: Jorge William Sánchez Latorre, Consejero ponente, doctor Miguel González Rodríguez) revocó la sentencia del Tribunal

Administrativo de Santander de 22 de mayo de 1990, que había declarado la nulidad del Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988 y de la Resolución número 00001 de 2 de enero de 1989, y, en su lugar, se inhibió de proferir pronunciamiento de mérito por considerar que tales actos eran de contenido particular y no podían ser enjuiciados a través de la acción de nulidad propuesta, siguiendo la tesis planteada en la providencia de 2 de agosto de 1990 (Expediente número 1482, actor: Oswaldo Cetina Vargas, Consejero ponente, doctor Pablo J. Cáceres Corrales), por lo cual tales actos siguieron conservando la presunción de legalidad, no lo es menos que, como ya se dijo, al requerir dichos actos del concurso de la voluntad administrativa del Alcalde Metropolitano de Bucaramanga para producir plenos efectos, efectos que sólo se produjeron con la expedición de la Resolución número 0037 de 5 de abril de 1993, es a partir de esta fecha que debía empezar a contarse el término de caducidad de la acción.

Aduce también el apoderado de la Empresa de Transportes Lusitania S. A. que los actos administrativos acusados se ajustaron a las previsiones del artículo 91 del Decreto número 1066 de 1988, el cual prevé:

“Para la creación de nuevas empresas cuyas rutas sirvan más de un municipio dentro del área metropolitana o para la adjudicación o cancelación de rutas con estas características, se requiere de un consenso de las autoridades competentes por cuya jurisdicción pase la ruta. Se levantará un acta firmada por las correspondientes autoridades, la cual servirá de base para que la autoridad en cuya jurisdicción se encuentre la sede de la empresa, dicte el acto administrativo correspondiente”.

Ciertamente, como lo observó el *a quo*, el hecho de que la Alcaldía Metropolitana de Bucaramanga hubiera expedido la Resolución número 0037 de 5 de abril de 1993 impartiendo el visto bueno para que la Empresa de Transportes Lusitania S. A. pudiera servir las rutas adjudicadas en el artículo 4º del Decreto número 00263 de 22 de noviembre de 1988 no conlleva a afirmar que se dio cumplimiento al precepto antes transcrito pues el acto administrativo que debe dictar la autoridad administrativa en cuya jurisdicción se encuentre la sede de la empresa, debe ser el producto del consenso previo de las autoridades competentes, que debe constar en un acta firmada por las mismas, y no de un simple visto bueno posterior al acto de adjudicación.

Desde este punto de vista estuvo acertada la decisión del *a quo* al decretar la nulidad de los actos administrativos acusados y por ello habrá de confirmarse.

En lo que concierne a la inconformidad de las actoras frente a la negativa de acceder a la pretensión de restablecimiento del derecho, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

La adjudicación de rutas, áreas de operación, sistemas o subsistemas de transporte, busca ante todo la satisfacción de las necesidades de la comunidad.

## SECCION PRIMERA

Así se infiere de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto número 1066 de 1998, contentivo del Estatuto Nacional del Transporte Público Municipal de Pasajeros y Mixto, que sirvió de fundamento a los actos administrativos acusados, que estableció las siguientes definiciones:

“Sistema de transporte: El conjunto de elementos físicos, técnicos, legales y administrativos necesarios para satisfacer la demanda de transporte en un área urbana”.

“Subsistema de transporte: El conjunto de elementos físicos, técnicos, legales y administrativos necesarios para satisfacer la demanda de transporte en una zona de un área urbana”.

“Ruta: La trayectoria vial señalada por la autoridad competente para satisfacer los deseos de viaje de una comunidad...”.

“Sistema de rutas: El conjunto de rutas necesarias para satisfacer la demanda de transporte en un área urbana”.

“Subsistema de rutas: El conjunto de rutas necesarias para satisfacer la demanda de transporte en una zona de un área urbana”.

“Área de operación: La división territorial establecida por la autoridad competente dentro de la cual se autoriza a una empresa para satisfacer la demanda de transporte”.

En virtud de lo anterior, conforme se lee en el artículo 36 *ibidem*, la solicitud de una empresa de transporte público para servir una ruta, área de operación o frecuencia de despacho debe, entre otros requisitos, presentar un estudio relativo a las características socioeconómicas de los sectores de influencia de la ruta y del área en donde se prestará el servicio, así como una cuantificación de la demanda potencial de transporte por origen y destino y la demostración de que dispone del parque automotor con el cual se pretende prestar el servicio.

Significa lo precedente, que la posibilidad de que la prestación del servicio público de transporte se haga por determinado número de empresas de transporte depende de las necesidades de la comunidad. Luego, siempre el hecho de autorizar una ruta que tenga incidencia en otra u otras rutas servidas por otras empresas de transporte necesariamente conlleva a una merma en la rentabilidad de éstas, pero no por ello hay lugar a un restablecimiento del derecho, en caso de acceder a la nulidad del acto administrativo que otorgó la respectiva ruta.

Sólo habrá lugar a tal restablecimiento en la medida en que aparezca demostrado que no existía la necesidad de la comunidad que justificara la adjudicación de las rutas para la empresa de transportes Lusitania S. A., lo cual no aconteció en el caso *sub examine*, además de que tanto en la vía gubernativa, como en la jurisdiccional, los

estudios relativos a este aspecto presentados por dicha empresa no fueron siquiera objeto de oposiciones fundamentadas técnica ni jurídicamente.

Por las razones anteriores, estima la Sala que estuvo acertada la decisión del *a quo* de denegar la pretensión de restablecimiento del derecho reclamada por las actoras, y, en consecuencia, habrá de confirmarse el fallo apelado.

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

**FALLA:**

CONFIRMASE 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 25 de enero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente, Manuel S. Urueta Ayola.*

## **ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Naturaleza jurídica**

Al precisar la Ley 136 de 1994 la fisonomía jurídica de las asociaciones de municipios como entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman, está indicando que los mismos municipios asociados no están facultados para fiscalizarlas y que esta función corresponde, según los términos del artículo 345 del Decreto 1333 de 1986, a la Contraloría Departamental o a la propia Contraloría de la asociación si la tuviere.

## **ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Control fiscal / CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Competencia / ORGANISMOS DE CONTROL PROPIOS - Creación**

Con toda claridad se establece en el artículo 345 del Decreto 1333 de 1986 que la Contraloría Departamental es la entidad encargada de ejercer el control fiscal de las asociaciones de municipios cuando éstos pertenezcan a un mismo departamento y que, de no pertenecer a un mismo departamento, la asociación, a través de la Asamblea General establecerá su propio sistema de control. Según los artículos 267 y 272 de la Constitución Política, la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación está a cargo de la Contraloría General de la República y la de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías corresponde a éstas. Pero ello no quiere decir, no en parte alguna lo dice la Carta, que la existencia de las Contralorías señaladas en estos artículos sea excluyente de cualquier otro organismo de control, como lo afirma en sus consideraciones la Resolución 025 de 1993 de la Contraloría Municipal de Ipiales.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*.

Radicación: Expediente número 2990.

Referencia : Autoridades Municipales.

Actora: Empresa Obras Sanitarias Provincia de Obando -Empoobando-.

Entra la Sala a conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de 9 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el proceso de nulidad instaurado contra las Resoluciones números 226 de 26 de octubre de 1992; 009 de 15 de enero de 1993 y 025 de 1° de febrero de 1993, emanadas de la Contraloría Municipal de Ipiales.

## ANTECEDENTES

### 1. La demanda

La Empresa Obras Sanitarias de la Provincia de Obando, Empoobando, por medio de apoderado judicial, demandó ante el Tribunal Administrativo de Nariño en acción de nulidad, las Resoluciones números 226 de 26 de octubre de 1992, por medio de la cual se ordena auditar los aportes del municipio de Ipiales en dicha empresa; 009 de 15 de enero de 1993, mediante la cual se fija la cuota de fiscalización que debe cancelar la citada empresa a la Contraloría Municipal de Ipiales para la vigencia fiscal de 1993; y 025 de 1° de febrero de 1993 que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la resolución enunciada en precedencia.

En los hechos se narra que Empoobando es un organismo descentralizado del orden municipal, con carácter de empresa industrial y comercial del Estado, cuyo fundamento legal es el Código de Régimen Político y Municipal (Decreto Extraordinario número 1333 de 1986).

Con base en el artículo 345 *ibidem*, la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando creó su propia Contraloría, la cual ejerce el control fiscal sobre dicha asociación y sobre la entidad demandante, transfiriéndole esta última a la Contraloría, en cumplimiento de lo ordenado por la ley y por sus propios estatutos, un porcentaje de sus ingresos netos mensuales a título de cuota de fiscalización.

La Contraloría Municipal de Ipiales mediante la expedición de los actos acusados sostiene que es la entidad competente para ejercer el control fiscal sobre Empoobando, argumentado para ello que del análisis de los artículos 267 y 272 de la Constitución Nacional “se desprende que por mandato de la norma superior únicamente existen los siguientes entes que ejercen el control fiscal sobre los fondos y bienes públicos: Contraloría General de la República, Contralorías Departamentales, Contralorías Distritales y Contralorías Municipales. No se habla en dicho ordenamiento de ningunas otras entidades fiscalizadoras o categorías de Contralorías”. De igual manera sostiene que el título de la Carta Constitucional referente a la “Organiza-

## SECCION PRIMERA

ción Territorial” no preceptúa nada acerca de las llamadas “Asociaciones de Municipios”, refiriéndose en cambio a otro tipo de entes territoriales como los distritos y las provincias, concluyendo que no existen dentro del actual régimen fiscal las Contralorías de las Asociaciones de Municipios.

Amparado en la presunción de legalidad de los actos demandados, el Contralor Municipal de Ipiales, en compañía de sus subalternos y de uno de los concejales del municipio se hicieron presentes en Empoobando con el objeto de iniciar las labores de auditaje, dándole a este asunto a través de los diferentes medios de comunicación, un manejo publicitario que ha redundado en un creciente malestar ciudadano que enturbia y obstaculiza la adecuada prestación del servicio a cargo de la demandante, que deja entrever una motivación que se aleja de lo eminentemente jurídico y fiscalizador.

Como normas violadas se señalan:

Las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 285, 287 y 356 de la Carta Política, por cuanto son la base de la moderna tendencia descentralizadora del Estado contemporáneo, no pudiéndose negar la vigencia del Decreto 1333 de 1986 y la existencia de las Asociaciones de Municipios y de sus entidades dependientes o anexas.

En efecto, el artículo 1º prescribe que Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de república unitaria y descentralizada. Por su parte, los artículos 285 y 287 establecen respectivamente que fuera de la división general del territorio habrá las que determine la ley y que, las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley, teniendo como derechos: gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos estableciendo los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. De lo anterior se desprende que la Constitución Política al enunciar las entidades territoriales no lo hace de manera estricta y taxativa, sino que prevé que la ley puede disponer y regular otras formas de división territorial, no pudiendo ser de otra forma, pues lo contrario sería colocarse a espaldas de las decenas de asociaciones de municipios que existen en el país y de su benéfica labor pública y social en función de la prestación de los servicios públicos y del desarrollo de sus regiones.

El artículo 356 *ibidem*, al referirse al situado fiscal estatuye que la ley establecerá las condiciones en que cada departamento asumirá la atención de los servicios públicos autorizando la prestación directa de los mismos a los municipios en forma individual o asociada, de donde se concluye que la descentralización es hoy por hoy el destino de los municipios colombianos.

Asimismo se desconocen los artículos 117 y 267 de la Carta, por cuanto de acuerdo con su contenido la Contraloría es un órgano de control, sin más funciones administrativas que las inherentes a su propia organización y aunque se le reconoce cierto poder reglamentario, éste no lo faculta para definir su propia esfera de competencia la cual sólo puede ser delimitada por la actividad legislatora, esto es, por el

Congreso de la República o el Presidente de la República en uso de facultades extraordinarias.

Los artículos 150 numerales 1 y 23, y 122 de la Carta fueron también vulnerados, toda vez que según el actor, la Contraloría Municipal de Ipiiales se atribuye funciones que son propias del Congreso de la República, pues es a él a quien corresponde por medio de las leyes interpretarlas, reformarlas o derogarlas, al igual que regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos. El Congreso fija el ámbito de competencia de cada dependencia oficial, no quedando al arbitrio de determinado despacho fijarla por sí mismo lo cual es consecuente con el principio constitucional según el cual no puede existir empleo o cargo sin precisas y concretas funciones determinadas por la ley.

Al pretender la entidad demandada interpretar la Constitución Nacional y la Ley 42 de 1993 para derogar el Decreto 1333 de 1986, se está extralimitando en sus funciones, pues ello corresponde al Congreso de la República.

De otra parte también violadas las normas de carácter legal contenida en los artículos 12, 325, 327 y 334 literal d) del Decreto 1333 de 1986, pues son el desarrollo legislativo de la Asociación de Municipios. En consecuencia, no puede negarse su existencia por la presunta derogatoria de dicho decreto, ya que ello hace que las actuaciones administrativas de la Contraloría Municipal de Ipiiales incursionen en el terreno de la inconstitucionalidad e ilegalidad.

De igual manera se transgredió el artículo 345 del Código de Régimen Político y Municipal (Decreto 1333 de 1986), toda vez que éste establece la posibilidad de que las asociaciones de municipios organicen sus propios entes controladores, cuestión que efectuó Empoobando, no oponiéndose al ejercicio de la labor fiscalizadora, sino a la violación de las instancias y competencias, pues dado el carácter intermunicipal de Empoobando y a la luz del Decreto 1333 de 1986, el control fiscal le corresponde o lo ejerce la Contraloría de la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando.

No debe olvidarse que quien ejercía el control fiscal al nacimiento de la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando, era la Contraloría Departamental de Nariño, de tal manera que si de competencia se trata, sería a ésta a quien le correspondería asumir dicho control y no a la Contraloría de uno de sus municipios asociados.

Debe precisarse que el municipio de Ipiiales no transfiere aportes de ninguna clase a la demandante, toda vez que las diferentes operaciones comerciales y administrativas se hacen con base en la entonces normatividad vigente (Decreto 222 de 1983 y Código Fiscal de Nariño), a través de convenios interinstitucionales, razón por la cual si el municipio no realiza ni ha realizado aportes a Empoobando, cuál será el origen de la pretensión fiscalizadora de la Contraloría Municipal de Ipiiales.

Las resoluciones impugnadas, en especial la número 009 de 15 de enero de 1993, no guardan concordancia entre los considerandos, la normatividad citada y su parte

## SECCION PRIMERA

resolutiva, toda vez que por ejemplo, la Ley 20 de 1975 y la Ley 151 de 1959 fueron derogadas por la Ley 42 de 1993; el artículo 10 del Decreto 755 de 1984 no existe y la Resolución número 208 que supuestamente fija la cuota de fiscalización que deben pagar las diferentes entidades fiscalizadas, no corresponden a tal cometido.

Las resoluciones impugnadas riñen con los artículos 44 y 47 del Decreto 01 de 1984, puesto que la Resolución número 226 de 26 de octubre de 1992 no se notificó y las tres resoluciones no cumplieron con la obligación de indicar los recursos, las autoridades y los plazos ante quienes debían interponerse, lo cual, a la luz del artículo 48 del C.C.A., hace que las mismas se tengan por no notificadas y que en consecuencia no produzcan los efectos legales del caso.

### 2. El Fallo Apelado

En sentencia del 26 de mayo de 1994, el Tribunal Administrativo de Nariño se declaró inhabilitado para decidir sobre el fondo de la demanda presentada por Empoobando contra la Contraloría Municipal de Ipiales.

Para tomar la anterior decisión el *a quo* consideró que la demanda contencioso administrativa debe cumplir ciertas exigencias de índole formal para que tenga la eficacia de obligar al juzgador a adoptar un fallo en el que se decidan en el fondo los pedimentos en ella contenidos.

De conformidad con el artículo 137 del C.C.A., dentro de los requisitos que debe contener la demanda está el de la designación de las partes y sus representantes.

En el *sub lite*, el demandante indica como parte demandada a la Contraloría Municipal de Ipiales de quien dice es una entidad de derecho público del orden municipal, representada por el Contralor del mismo municipio.

El fallador de primera instancia observa que debe recordarse que puede ser parte en el proceso contencioso administrativo toda persona natural o jurídica, la cual debe comparecer por sí misma si tiene capacidad para disponer de sus derechos, o en caso contrario, por medio de su representante legal.

A las contralorías de cualquier orden, ni la ley ni la Constitución les han reconocido personería jurídica. Son consideradas entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal (inciso 3 artículo 272 de la Constitución), no pudiendo ser partes en procesos cuyo conocimiento se ha asignado a esta jurisdicción.

Como quiera que a la entidad demandada no se le ha reconocido personería jurídica y en consecuencia no está habilitada para comparecer en juicio, dicha omisión impide un pronunciamiento de fondo.

### 3. Sustentacion del Recurso

El apoderado de la parte demandante apeló el fallo bajo la siguiente sustentación:

El juzgador es el encargado de hacerle a la demanda un examen concienzudo antes de ordenar su admisión. En consecuencia al observar aquél que ésta no reunía todos los presupuestos procesales ha debido ordenar su corrección o, en su defecto inadmitirla, cuestión que no hizo.

La acción de simple nulidad es popular y sólo tiene por finalidad procurar la declaración de nulidad de un acto administrativo que se considera contrario a una norma superior de derecho, por lo cual poco interesa quien sea la parte que instaure la demanda y menos quien sea la parte demandada. Basa su afirmación en la doctrina del doctor Carlos Betancur Jaramillo quien expresa que si aparece probada en el proceso la falta de competencia del organismo del Estado para expedir el acto administrativo, como es el caso en comento, el juzgador ineludiblemente debe pronunciarse oficiosamente sobre ella para garantizar la vigencia del principio de legalidad.

La Ley 42 de 26 de enero de 1993, artículo 57, inciso 20 establece que en los procesos contencioso administrativo la Contraloría General de la República estará representada por el Contralor General o por el abogado que él delegue, razón por la que, haciendo extensiva dicha disposición a las Contralorías Departamentales y Municipales, éstas podrían directamente ser partes demandantes y demandadas en dichos procesos.

#### 4. Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado ante esta Corporación, no rindió concepto en la etapa conclusiva de la segunda instancia.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

La accionante en este proceso, consideró como parte demandada a la Contraloría Municipal de Ipiales y como representante legal de la misma al Contralor Municipal de dicho municipio. El *a quo* por su parte, se abstuvo de hacer un pronunciamiento de fondo aduciendo que a la entidad demandada no se le ha reconocido personería jurídica y, en consecuencia, no está habilitada para comparecer en juicio; que a las Contralorías de cualquier orden, ni la ley ni la Constitución les ha reconocido personería jurídica y que éstas son consideradas entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal (inciso 3 artículo 272, C. N.), no pudiendo ser partes en procesos cuyo conocimiento se ha asignado a esta jurisdicción.

Si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha sido variada en torno al asunto planteado, no hay duda de que la posición que se perfila como definida es la surgida a través de los análisis hechos, no sólo a nivel de decisiones de Sala sino también de valiosas lucubraciones que bajo el expediente de salvamento o de aclaración de voto han aportado fundamentos cardinales a la conformación de la jurisprudencia, según la cual, las Contralorías sí son personas jurídicas, esto es, sujetos de derechos, de obligaciones y de capacidades como la de ser representadas judicial y extrajudicialmente.

## SECCION PRIMERA

A este respecto, sea del caso, en primer lugar, citar y transcribir la síntesis analítica hecha por el Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez en salvamento de voto (Expediente N° 2685, actor: Aquiles Torres Bretón, Consejero Ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, sentencia 9 de diciembre de 1994), en los siguientes términos:

“... ”

“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 ‘corresponda 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 controles 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 1° ‘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, administrativa 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 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 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 República y a las Contralorías departamentales, distritales, 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 análisis 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 Contralorías departamentales, distritales y municipales tienen personalidad jurídica por las siguientes consideraciones:

“La noción de personas jurídicas 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.

## SECCION PRIMERA

“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 Alvaro Ortiz M., Derecho Civil, Parte General y Personas, 13ª edición, 1994, Edit. Temis, Bogotá, p. 254). A su vez, la ley (artículo 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’ (artículo 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’ (artículo 31-7 de la Ley 106 de 1993), debe concluirse que las normas legales le están otorgando a estas entidades un 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 representados judicial y extrajudicialmente, que se traduce sencilla y jurídicamente en que se trata de personas jurídicas, con las consecuencias que de ello se derivan”.

Más recientemente la Sala, en auto del once (11) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), con ponencia de la honorable Consejera Nubia González Cerón hizo, entre otros, los siguientes pronunciamientos:

“Por mandato del artículo 267 de la Carta Política, la Contraloría es una ‘entidad’ de carácter técnico a la cual la propia Constitución la (sic) dotó de ‘autonomía administrativa y presupuestal’.

“Observa la Sala cómo la Carta le dió 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.

“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 dere-

cho en el respectivo 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 por 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 contencioso 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 que 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 presenten a favor o en contra de la entidad’.

“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 del señor Contralor General de la República.

“Ahora bien, como quiera que el inciso 3° del artículo 272 de la Carta Política ordenó a las Asambleas y Concejos organizar las contralorías departamentales municipales y distritales literal b), numeral 3, artículo 11 de la Ley 80 de 1993, según autorización del inciso 5 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”.

Así pues, con el criterio de la Sala expuesto en los anteriores términos, se impone como secuela lógica, para los objetivos de esta providencia, la revocatoria de la sen-

## SECCION PRIMERA

tencia recurrida en apelación y el consiguiente pronunciamiento de fondo sobre las pretensiones de la demanda. A ello se procederá, no sin antes motivar la decisión en la siguiente forma:

Se pretende en la demanda, como ya se anotó en los comienzos de este proveído, la nulidad de unas resoluciones que ordenan auditar los aportes del municipio de Ipiales en la empresa Obras Sanitarias de la Provincia de Obando -Empoobando-. Dichos actos administrativos fueron expedidos por la Contraloría de ese municipio.

Con tal pretensión y, por consiguiente, con los actos impugnados no se desacatan ni se violan los artículos 1º, 285, 287 y 356 de la Constitución. El primero de ellos es un enunciado que consagra el principio fundamental referente a la organización unitaria, descentralizada de la República, con autonomía de sus entidades territoriales, democráticas, participativa y pluralista. Difícilmente podría configurarse una violación a un principio tan genérico por parte de un acto específico del orden administrativo por el cual se ordena un auditaje.

Los artículos 285, 286 y 287 consagran la constitución de entidades territoriales entre las cuales se mencionan los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas sobre las cuales en el artículo 356 dispone que la ley, a iniciativa del Gobierno, fijará los servicios que están a su cargo.

En forma por demás clara estas normas hacen alusión a divisiones de carácter territorial y, por tanto, en nada se refieren a las asociaciones de municipios como equivocadamente lo interpreta la accionante. El inciso segundo del artículo 286 *ibidem* es suficientemente elocuente al respecto cuando prescribe que “la ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyen en los términos de la Constitución y de la ley”.

Los artículos de la Constitución 117, 122 y 150 numerales 1 y 23, no aparecen tampoco agredidos con los actos acusados, menos aún cuando la actora no aporta mayor explicación sobre la hipotética violación y cuando, precisamente, el artículo 117 estatuye que la Contraloría General de la República es un órgano de control.

En cuanto a los artículos 12, 325 y 327 del Decreto 1333 de 1986 atinentes a las asociaciones de municipios, la Sala ha confrontado cada uno de sus textos con el contenido de los actos acusados, no vislumbrándose violación alguna puesto que en éstos se alude a la atención de funciones, prestación de servicios y ejecución de obras (art. 12) desarrollo integral (art. 325) y fisonomía de las asociaciones de municipios (art. 327), sin que se haga mención alguna al control fiscal de dichas entidades administrativas.

No ocurre lo mismo en relación con el artículo 345 del mismo decreto, según el cual “El control fiscal de las asociaciones formadas por municipios de un mismo departamento corresponderá a la Contraloría Departamental, a menos que la asociación organice su propia Contraloría. Si los municipios pertenecen a varios departa-

mentos, la asamblea general de la asociación establecerá su propio sistema de control fiscal". (Subraya la Sala).

Con toda claridad se establece en el artículo 345 del Decreto 1333 de 1986: Que la Contraloría Departamental es la entidad encargada de ejercer el control fiscal de las asociaciones de municipios cuando éstos pertenezcan a un mismo departamento y que, de no pertenecer a un mismo departamento, la asociación, a través de la asamblea general establecerá su propio sistema de control.

En el primer evento, dentro del cual quedaría ubicado el caso de este proceso que entra a decidirse, el control a cargo del ente departamental no será ejercido si la asociación de municipios tiene su propia contraloría.

No cabe duda alguna de que, según los artículos 267 y 272 de la Constitución Política, la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejan fondos o bienes de la Nación está a cargo de la Contraloría General de la República y la de los departamentos, distritos y municipios donde haya Contralorías corresponde a éstas. Pero ello no quiere decir, ni en parte alguna lo dice la Carta, que la existencia de las Contralorías señaladas en estos artículos sea excluyente de cualquier otro organismo de control, como lo afirma en sus consideraciones la Resolución 025 de 1993 de la Contraloría Municipal de Ipiales.

Por lo demás, no asiste la razón a lo que se expresa en la misma resolución en cuanto a que en el título XI de la Carta Constitucional referente a la "Organización Territorial" no se preceptúa nada en relación con las anteriormente llamadas "Asociaciones de Municipios", en lugar de ellas la nueva normatividad constitucional habla de otro tipo de entes territoriales como son los Distritos y las Provincias; y de que, asimismo, nada dice sobre la conformación de otro tipo de organismos que los controlen fiscalmente diferentes de los entes relacionados.

La equívoca interpretación que se da en la resolución encuentra su respuesta en el concepto del señor Procurador 35 en lo judicial de Pasto, Nariño, según el cual,

"... si bien la Nueva Constitución, no incluyó entre los Entes Territoriales a las Asociaciones de Municipios, no por eso éstas han dejado de existir ni pueden dejar de cumplir sus funciones y finalidades. Pues precisamente, no fueron incluidas como entes territoriales *Por no serlo*, estos son entes o entidades jurídicas, y tan no son territoriales, que existe la posibilidad que dichas asociaciones se constituyan en municipios de diferentes departamentos, quiere ello decir que tales asociaciones tienen en su creación finalidades diferentes a la simple ubicación territorial y tienden más a considerar la comunidad de necesidades y la comunidad de posibilidades de solucionar sus problemas". (fl. 87 cdno. ppal.).

La corroboración legal de la anterior aserción la de la expedición de la Ley 136 de 1994, la cual dedica el capítulo IX a las asociaciones de municipios a los que define en el artículo 149 como "... entidades administrativas de derecho público, con personería

## SECCION PRIMERA

jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman; se rigen por sus propios estatutos y gozarán para el desarrollo de su objetivo, de los mismos derechos, privilegios, excepciones y prerrogativas otorgadas por la ley a los municipios. Los actos de las asociaciones son revisables y anulables por la jurisdicción contencioso-administrativa”.

Reglamenta además su conformación y funcionamiento, los órganos de administración y deja en libertad a los municipios asociados para que formen parte, a la vez, de otras asociaciones que atiendan distintos objetivos.

Así pues, al precisar la Ley 136 de 1994 la fisonomía jurídica de las asociaciones de municipios como entidades administrativas de derecho público, con personería jurídica y patrimonio propio e independiente de los entes que la conforman, está indicando que los mismos municipios asociados no están facultados para fiscalizarlas y que esta función corresponde, según los términos del artículo 345 del Decreto 1333 de 1986, a la Contraloría Departamental o a la propia Contraloría de la asociación si la tuviere.

Así pues, hay que concluir que las peticiones de la demanda están llamadas a prosperar toda vez que como se narra en el segundo de los “hechos” de la misma, “con fundamento en el mencionado Decreto Extraordinario 1333 de 1986, en su artículo 345, la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando creó u organizó su propia Contraloría, razón por la cual el control fiscal sobre la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando y sobre sus entidades dependientes, como es el caso de la Empresa de Obras Sanitarias de la Provincia de Obando, Empoobando, lo ha venido ejerciendo y lo ejerce la Contraloría de la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando...”.

Esta afirmación tiene su fundamento en el artículo 45 del Acuerdo número 001 de 1991, “por medio del cual se aprueban los estatutos de la Empresa de Obras Sanitarias de la Provincia de Obando -Empoobando-”, artículo que a la letra dice:

“El control fiscal de Empoobando será ejercido por la Contraloría de la Asociación de Municipios de la Provincia de Obando según las normas y reglamentos que acoja dicha entidad”.

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

### FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada de fecha 9 de junio de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño y en su lugar, *declárase* la nulidad de las Resoluciones números 226 de octubre 26 de 1992; 009 de enero 15 y 025 de febrero 1° de 1993, expedidas por la Contraloría Municipal de Ipiales.

Cópiese, notifíquese, comuníquese 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 25 de enero de 1996.

*Rodrigo Ramírez González, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Manuel S. Urueta Ayola.*

## **CORRECCION AL EXPEDIENTE 2990**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*.

Radicación: Expediente número 2990.

Referencia: Autoridades Municipales.

Actor: Empresas Obras Sanitarias Provincia de Obando -Empoobando-.

Esta Sala mediante providencia de fecha veintiséis de enero del corriente año, resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el proceso de la referencia.

Por error, al proferirse el fallo que decide la apelación se citó como fecha de la sentencia apelada la de 9 de junio de 1994 (fecha del auto que la adiciona), cuando en realidad la fecha correcta es la de 26 de mayo de 1994 (fl. 119 y ss.).

De conformidad con lo preceptuado por el artículo 310 del C. de P. C., aplicable a los procesos contencioso administrativos, por remisión que hace el artículo 267 del C.C.A., la Sala dispondrá la corrección de la mencionada fecha.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

### **RESUELVE:**

*Corregir* el fallo dictado por esta Sala el día 26 de enero de 1996, en el sentido de que la sentencia del Tribunal de Nariño cuya apelación se resolvió es la de fecha 26 de mayo de 1994 y no de 9 de junio de 1994, como en la providencia se dejó anotado.

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 23 de febrero de 1996.

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera jurisprudencia sobre personería jurídica de las contralorías, contenida en auto de 11 de septiembre de 1995, Expediente número 3405, Consejero Ponente: Nubia González Cerón. Actor: Fabio Puyo Vasco.

**NOTA DE RELATORIA:** Se anexa corrección al original con fecha 23 de febrero de 1996, donde se corrige como fecha de resolución el 26 de mayo de 1994 y no el 9 de junio como aparece en la providencia.

**CODIGO - Modificación / CONGRESO DE LA REPUBLICA / COMPE-  
TENCIA / SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO / POTESTAD RE-  
GLAMENTARIA - Extralimitación / SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIA-  
RIOS / SUSPENSION PROVISIONAL**

El artículo 42 del Código Contencioso Administrativo consagra el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo, por tanto dicho procedimiento al estar contenido en un código sólo puede ser modificado o adicionado por acto de Congreso mediante ley según el artículo 150 numeral 2 de la Constitución, luego disposiciones de menor categoría como es el caso del Decreto Reglamentario 548 de 1995, no pueden cambiar tal procedimiento, ni facultar a otras autoridades para efectuar tal modificación y menos cuando no hay autorización en la ley que se pretende reglamentar. Para la Sala es evidente entonces que hubo exceso en el poder reglamentario del Presidente al entrar a conceder por el Decreto 548 facultades para establecer procedimientos que la Ley 142 no estaba creando. Consecuencia de lo anterior es que resulta violado el artículo 150 numerales 2 y 10 de la Constitución, puesto que el Ejecutivo estaba efectuando mediante la facultad otorgada al Superintendente de Servicios Públicos, una modificación al Código Contencioso Administrativo, atribución, como ya se dijo, exclusiva del Congreso. La Resolución 365 de 1995, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, viene a modificar el Código Contencioso Administrativo con violación manifiesta del artículo 370 de la Constitución que le atribuye funciones de control, inspección y vigilancia sobre las entidades que prestan tales servicios públicos.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección  
Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis de enero de mil novecientos noventa y seis  
(1996)

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*

Referencia: Expediente 3552 - Autoridades Nacionales

Actor: Félix Hoyos Lemus

El señor Félix Hoyos Lemus en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, solicita de la Corporación se declare la nulidad, previa suspensión provisional, del Decreto Reglamentario número 548 de 1995 en su artículo 6º, numeral 6.3 literal h), expedido por el Presidente de la República, mediante el cual se reviste al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios de la facultad de “señalar el procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo de que trata la Ley 142 de 1994”, así como de la Resolución número 365 del 14 de julio de 1995, en sus artículos 2º, 3º y 4º expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

### **ADMISION DE LA DEMANDA**

Como quiera que la demanda reúne los requisitos exigidos por el artículo 137 del C. C. A. Debe admitirse, tal como se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

### **SOLICITUD DE SUSPENSION PROVISIONAL**

El actor fundamenta su solicitud en la violación de varias normas constitucionales y legales así:

1. Del artículo 150, numerales 2 y 10 de la C. N. Hace consistir esta violación en que el artículo citado señala la función del Congreso de hacer las leyes y por medio de ellas puede expedir los códigos en todas las ramas de la legislación así como reformar sus disposiciones (num. 2), por el numeral 10 se faculta al Congreso para revestir al Presidente de facultades extraordinarias para expedir normas con fuerza de ley salvo, entre otras restricciones, para la expedición de códigos.

Sostiene el actor que la facultad de reformar los códigos es del Congreso y no del Presidente y por tanto éste no los puede reformar ni conceder facultades para reformarlos y que al otorgar, mediante el literal h) del numeral 3 del artículo 6º del Decreto 548 de 1994, la facultad de señalar el procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo de que trata la Ley 142 de 1994 al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, está violando la norma constitucional al facultar a un funcionario para modificar el Código Contencioso Administrativo, puesto que el silencio administrativo es materia de tal código.

2. Del artículo 189 numeral 11 de la Carta (facultad reglamentaria del Presidente de la República), pues el Ejecutivo al facultar al Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios para señalar el procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo, está violando el citado artículo ya que excedió dicho poder, pues entre las atribuciones del Superintendente en relación con los usuarios contemplados en el artículo 80 de la Ley 142 de 1994 no se encuentra la del literal h) del artículo 6º, numeral 3 del Decreto 548 de 1995.

En este mismo punto el actor señala que hay falsa motivación pues el encabezamiento del decreto habla de compilar funciones de la Superintendencia siendo que en

## SECCION PRIMERA

el artículo 80 de la Ley 142 de 1994 no aparece ninguna para adicionar códigos ni para modificar el procedimiento del silencio administrativo positivo.

3. En relación con la Resolución 365 de 1995 expone que si la Sección decreta la suspensión del Decreto 548 de 1995 desaparece el fundamento de la Resolución número 365 y por lo tanto ésta decae.

4. Se violó el artículo 370 de la Constitución Política, pues éste dispone que las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos son las de ejercer el control, inspección y vigilancia de las entidades que presten tales servicios, pero con la Resolución 365 de 1995 especialmente en su artículo 2° se adiciona el Código Contencioso Administrativo, al establecer un procedimiento nuevo en materia de silencio administrativo positivo siendo que el mismo se encuentra regulado en el citado Código.

Además al atribuirse a la Superintendencia en el artículo 4° literal a) la facultad de ordenar al organismo vigilado que en determinados casos declare el silencio administrativo está coadministrando la respectiva empresa, hecho este que desborda las atribuciones dadas en el artículo 370 de la Constitución.

5. Se violó el artículo 79.16 de la Ley 142 de 1994 pues contra expresa prohibición de tal norma de proferir actos de carácter general para crear obligaciones a quienes están sujetos a su vigilancia, la Resolución 365 de 1995 de la Superintendencia impone a las entidades vigiladas la obligación de declarar el silencio administrativo positivo.

6. Finalmente el actor sostiene que la Resolución 365 de 1995 viola el artículo 105.3 de la Ley 142 de 1994 que hace relación a la separación de las funciones de regulación y las de control y vigilancia, puesto que si entre las funciones reguladoras estuviera la de expedir normas en materia de procedimiento para hacer efectivo el silencio positivo se concluiría que tal función correspondería a las Comisiones Reguladoras, pues al Superintendente y sus delegados les corresponden las de control y vigilancia.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los actos acusados son el Decreto Reglamentario 548 de 1995 artículo 6.3 literal h) expedido por el Presidente de la República y la Resolución número 35 de 1995 dictada por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

La Resolución 365 se expidió con base en la facultad consagrada en el literal h) del artículo 6.3 del Decreto 548 que dispone "Señalar el procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo de que trata la Ley 142 de 1994". Esta autorización hace parte de las funciones que a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios fija el artículo 6° del Decreto citado.

El Presidente de la República expidió el Decreto 548 de 1995 en ejercicio de las facultades conferidas por los numerales 11 y 16 del artículo 189 de la Constitución

Política y en concordancia con la Ley 142 de 1994, según reza el encabezamiento del Decreto 548.

El objeto del citado decreto es compilar las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y establecer la estructura orgánica de la misma entidad. Según lo que se acaba de anotar, el Presidente actuó en ejercicio del poder reglamentario que le confiere el artículo 189 de la Constitución y en cuanto tal su marco de acción era la Ley 142 de 1994.

El punto específico del literal h) del artículo 6.3 del Decreto 548 es establecer un procedimiento para hacer efectivo el silencio administrativo positivo, el cual se encuentra consagrado en el artículo 158 de la Ley 142 y es del siguiente tenor:

“Artículo 158. Del término para responder el recurso. La empresa responderá los recursos, quejas y peticiones dentro del término de quince (15) días hábiles contados a partir de la fecha de su presentación. Pasado ese término, y salvo que se demuestre que el suscriptor o usuario auspició la demora, o que se requirió de la práctica de pruebas, se entenderá que el recurso ha sido resuelto en forma favorable a él”.

Ni el artículo que se acaba de transcribir ni otra norma de la Ley 142 disponen que se deba señalar o establecer un procedimiento para hacer efectivo tal silencio administrativo.

El artículo 42 del Código Contencioso Administrativo consagra el procedimiento para invocar el silencio administrativo positivo, por tanto dicho procedimiento al estar contenido en un código sólo puede ser modificado o adicionado por acto del Congreso mediante ley según el artículo 150 numeral 2 de la Constitución, luego disposiciones de menor categoría como es el caso del Decreto Reglamentario 548 de 1995, no pueden cambiar tal procedimiento, ni facultar a otras autoridades para efectuar tal modificación y menos cuando no hay autorización en la ley que se pretende reglamentar.

Para la Sala es evidente entonces que hubo exceso en el poder reglamentario del Presidente al entrar a conceder por el Decreto 548 facultades para establecer procedimientos que la Ley 142 no estaba creando.

Consecuencia de lo anterior es que resulta violado el artículo 150 numerales 2 y 10 de la Constitución, puesto que el Ejecutivo estaba efectuando mediante la facultad otorgada al Superintendente de Servicios Públicos, una modificación al Código Contencioso Administrativo, atribución, como ya se dijo, exclusiva del Congreso.

Se deduce entonces que, como lo expresa el actor, la Resolución 365 de 1995, expedida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, viene a modificar el Código Contencioso Administrativo con violación manifiesta del artículo 370 de la Constitución que le atribuye funciones de control, inspección y vigilancia sobre las entidades que prestan tales servicios públicos.

## SECCION PRIMERA

A primera vista las otras consideraciones sobre normas legales violadas con la expedición de la Resolución 365 de 1995 por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, no son tan evidentes y por tanto la deducción o no de la presunta violación se lograría luego de un estudio comparativo de más profundidad entre las normas acusadas y las que el actor sostiene fueron violadas, punto que es propio de la sentencia mas no del momento de admisión de la demanda.

Siendo claro para la Sala que hubo manifiesta violación de normas constitucionales y legales en la expedición de los actos acusados se accederá a lo solicitado sobre suspensión provisional.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

### RESUELVE:

1°. ADMITIR la demanda de nulidad instaurada por el señor Félix Hoyos Lemus contra el Decreto 548 de 1995, expedido por el Gobierno Nacional y contra la Resolución número 365 de 1995 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.

Para su trámite se dispone:

a) Notifíquese a los señores Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y al señor Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios, en la forma prevista por el artículo 150 del C.C.A. Entrégueseles copias de la demanda y sus anexos.

b) Notifíquese personalmente al señor Procurador Delegado ante esta Corporación.

c) La parte actora deberá depositar, en el término de cinco (5) días, la suma de cinco mil pesos (\$5.000,00) M/cte., para gastos ordinarios del proceso, si los hubiere.

d) Fijese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para que la parte demandada y demás intervinientes puedan contestar la demanda, proponer excepciones y pedir pruebas.

e) Por Secretaría, solicítese a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico, al Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios el envío, en el término de diez (10) días, los antecedentes administrativos de los actos acusados.

2°. *Suspender provisionalmente* los efectos del literal h) del numeral 6.3 del artículo 6° del Decreto número 548 de 1995, expedido por el Presidente de la República, así como la Resolución número 365 de 1995, proferida por el Superintendente de Servicios Públicos Domiciliarios.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 25 de enero de 1996.

*Rodrigo Ramírez González, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Ausente; Manuel S. Urueta Ayola.*

**PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL DEPARTAMENTAL  
- Apropriación / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades / GOBERNADOR - Facultades**

Al haber adoptado la Asamblea la decisión de negar el proyecto del Plan, no podía el gobernador adoptarlo mediante decreto puesto que esa actuación administrativa estaba supeditada a que la Asamblea no hubiera tomado ninguna decisión, ni en pro ni en contra, según el texto del artículo 40 transcrito de la Ley 152 de 1994. No se requiere hacer mayores elucubraciones ni exámenes para demostrar lo que meridianamente aparece a primera vista, esto es, que el gobernador adoptó mediante decreto el plan en mención, no obstante haber tomado la Asamblea una decisión al respecto.

Esto sea dicho, huelga aclararlo, para los efectos de la suspensión provisional, sin perjuicio de que, a lo largo del proceso, se logre desvirtuar la razón que motivó la medida tomada por el Tribunal y que será respaldada por esta Corporación.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiséis (26) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*.

Radicación número 3564.

Referencia: Autoridades departamentales.

Actor: *Carlos Julio Hernández* y otros.

Entra la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 30 de agosto de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare en cuanto, al admitir la demanda, decretó la suspensión provisional del Decreto número 00115 de 7 de junio de 1995, expedido por el gobernador del departamento de Casanare. Por

medio de dicho decreto, se adopta el Plan de Desarrollo del departamento de Casanare para el período 1995-1997.

### EL AUTO APELADO

El Tribunal Administrativo de Casanare, mediante Auto del 30 de agosto de 1995, al admitir la demanda de nulidad, presentada por los actores de la referencia, contra el Decreto Departamento de Casanare, decretó la suspensión provisional de dicho acto que había sido solicitada por los mismos actores.

Se dice en el Auto recurrido que la parte actora solicita la suspensión provisional del acto demandado por considerar que viola las siguientes normas: Los artículos 300, numeral 3°, 305, numeral 1° de la Constitución Política; artículo 40 de la Ley 152 de 1994 y artículo 76 del Decreto 1222 de 1986.

El *a quo* motiva así su decisión:

“El artículo 152 del C. C. A. dispone, que la suspensión provisional de los actos administrativos se solicitará de manera expresa en la demanda o mediante escrito separado antes de su aceptación; y cuando, siendo de nulidad la acción resulta ostensible, *prima facie*, por la infracción de normas superiores por parte del acto demandado”.

Anota el Tribunal que “examinado el decreto demandado y las normas constitucionales y legales que se determinan como violadas por los accionantes, aparece a primera vista, es decir, que se puede percibir a través de una sencilla comparación normativa tal contradicción. En efecto, los artículos 300 y 305 de la Constitución Política señalan la titularidad y competencia correspondiente a las Asambleas Departamentales y a los gobernadores. Determinando en la primera norma consignada, numeral 3° las atribuciones de las Asambleas Departamentales en lo referente a la adopción de acuerdo con la ley de los planes y programas de desarrollo económico y social y los de obras públicas. A su vez, la segunda en su numeral 4° considera como atribución del gobernador, ‘presentar oportunamente a la Asamblea Departamental los proyectos de ordenanza sobre planes y programas de desarrollo económico y social, obras públicas y presupuesto anual de rentas y gastos’. En tanto que la Ley 152 de 1994 “Orgánica del Plan de Desarrollo” en su artículo 40, consagra: “Aprobación. Los planes serán sometidos a la consideración de la Asamblea o Concejo dentro de los primeros cuatro (4) meses del respectivo período del gobernador o alcalde... y si transcurre ese lapso sin adoptar decisión alguna, el gobernador podrá adoptarlos mediante decreto. Para estos efectos y si a ello hubiere lugar, el respectivo gobernador o alcalde convocará a sesiones extraordinarias..., según sea del caso”. (Lo subrayado es nuestro).

“Así mismo, complementa la normatividad anterior el Decreto 1222 de 1986, artículos 60, numeral 2°, 73, 75, 76 y 77 relacionados con las facultades de las

## SECCION PRIMERA

Asambleas en lo atinente a 'fijar a iniciativa del gobernador, los planes y programas de desarrollo económico y social departamental...', proposición de proyectos de ordenanzas a que se refiere el artículo 60, numeral 2º...; y los trámites que deben darse en las Asambleas Departamentales para que se conviertan en normas, en su orden.

"Efectuada la confrontación del acto demandado, Decreto 00115 de junio 7 de 1995 del gobernador de Casanare con las normas antes citadas, se establece que es función de la Asamblea Departamental del Casanare a iniciativa del gobernador, fijar los planes y programas de desarrollo económico y social departamental y así fue como el gobernador presentó a la Asamblea Departamental el día 20 de abril de 1995 el Proyecto de Ordenanza contentivo del Plan de Desarrollo para el departamento del Casanare 1995-1997, proyecto que fue negado en segundo debate el 26 de mayo siguiente, pero no obstante lo anterior, el señor gobernador expidió el Decreto 00155 del 7 de junio de 1995 por medio del cual se adoptó el Plan de Desarrollo de Casanare 1995-1997, interpretando erróneamente el artículo 40 de la Ley 152 de 1994, en lo que reza: 'La Asamblea o Concejo deberá decidir sobre los planes dentro del mes siguiente a su presentación y si transcurre ese lapso sin adoptar decisión alguna, el gobernador o alcalde podrá adoptarlo mediante decreto' (lo subrayado fuera de texto). Procedimiento que no facultaba al gobernador, en el caso que nos ocupa para expedir el decreto demandado toda vez que la Asamblea Departamental había tomado una decisión al respecto, en cumplimiento de su atribución constitucional y legal de expedir los planes de desarrollo económico y social.

"De la anterior confrontación podemos establecer '*prima facie*' la violación de normas superiores por parte del decreto demandado".

### SUSTENTACION DEL RECURSO

Al apelar la decisión tomada respecto de la suspensión, el señor apoderado del departamento del Casanare, manifiesta que el Tribunal de primera instancia hace una interpretación que no consulta la hermenéutica jurídica, toda vez que el gobierno departamental de Casanare obró ajustado a derecho y no es cierto que exista violación de normas superiores al proferirse el decreto de presupuesto.

Analiza en primer lugar el apelante el acto demandado en relación con las normas a las cuales debía sujetarse, entre otras la Ley 152 de 1994 o Ley Orgánica del Plan la que, según su análisis, plantea dos hipótesis: La de "NO APROBACION DEL PLAN" (art. 25) y la del "SILENCIO" (art. 40), "situaciones jurídicas en el procedimiento y aprobación del Plan de Desarrollo bien diferentes. La primera se refiere a que exista negativa por parte del Congreso Nacional (en este caso la Asamblea Departamental), en el término señalado constitucional o legalmente (en este caso un mes), para que sea el Gobierno quien lo ponga en vigencia mediante decreto con fuerza de ley (en el presente caso con 'fuerza de Ordenanza'). La segunda, que

erróneamente aduce el demandante y equivocadamente acoge el Tribunal de primera instancia para decretar la suspensión, y explica:

“En el caso del departamento del Casanare la Asamblea Departamental no ha hecho uso de sus atribuciones establecidas en el artículo 31 de la Ley Orgánica del Plan (Ley 152 de 1994), toda vez que no ha establecido ‘los términos y condiciones del Plan de Desarrollo’.

“Por lo tanto, el gobernador no tiene los puntos de referencia en cuanto a los términos y condiciones de dicho Plan, pues estos brillan por su ausencia.

“Es clara la falta de cooparticipación y concertación por parte de la Duma Departamental en materia de Plan de Desarrollo. Nótese que el Gobierno accedió a hacer las modificaciones sugeridas por el ponente de la Ordenanza.

“Vale decir, el Gobierno Departamental siguió todo el procedimiento y los parámetros para la elaboración del Plan de Desarrollo. Buscó que fuera coherente con las políticas y estrategias del Plan Nacional de Desarrollo (art. 32 Ley 152); concertó con el Consejo Departamental de Planeación; acató modificaciones y sugerencia del diputado ponente; y, finalmente, esperó hasta el último momento para hacer nuevos ajustes y acatar sugerencias, pero al ser devuelto luego del segundo debate el Gobierno aplicó el artículo 25 de la Ley Orgánica del Plan, vale decir vencido el término legal procedió a adoptarlo por decreto pues si lo puede hacer el Gobierno Nacional, también lo pueden hacer los Gobiernos Territoriales, quienes siguen ‘los criterios de formulación establecidos en la presente ley’ -artículo 31, Ley 152 de 1994- y observan para la aprobación ‘las mismas reglas previstas en esta ley para el Plan Nacional de Desarrollo’.

“De otro lado, es necesario entender que el actual sistema del ‘voto programático’ crea responsabilidades y deberes a los mandatarios elegidos por voto popular, a quienes se les puede, llegado el caso, *revocar el mandato*, entre otras causales, por no cumplir con su programa de gobierno.

“El Programa de Gobierno constituye el pilar fundamental, entonces, de lo que ha de ser el Plan de Desarrollo de un Mandatario (pues de lo contrario, si no observa y cumple con su programa de gobierno a través de su Plan de Desarrollo, puede ser revocado su mandato)”.

#### **PARA DECIDIR, LA SALA CONSIDERA:**

El artículo 152 del Código Contencioso Administrativo, norma que regula la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, estipula en el numeral 2° que “si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud”.

## SECCION PRIMERA

En el presente caso, sometido a examen y decisión de esta Corporación, es manifiesta la infracción que sirvió al *a quo* para tomar la decisión de suspender el acto acusado.

Se explica:

En primer lugar, se tiene que el artículo 40 de la Ley 152 de 1994, reza textualmente:

*“Aprobación.* Los planes serán sometidos a la consideración de la Asamblea o Concejo dentro de los primeros 4 meses del respectivo período del gobernador o alcalde para su aprobación. La Asamblea o Concejo deberá decidir sobre los planes dentro del mes siguiente a su presentación y si transcurre ese lapso sin adoptar decisión alguna, el gobernador o alcalde podrá adoptarlos mediante decreto. Para estos efectos y si a ello hubiere lugar, el respectivo gobernador o alcalde convocará a sesiones extraordinarias a la correspondiente Asamblea o Concejo. (...)”.

En segundo lugar, el otro término de comparación está conformado por la decisión tomada por la Asamblea Departamental de Casanare el 26 de mayo de 1995 mediante la cual, según acta que aparece a folios 135, 136, 137 y 138 del expediente, se negó por mayoría el Proyecto de Ordenanza número 059 “Plan de Gobierno Un Paso en Firme” y la expedición, el 7 de junio de 1995, del Decreto 00115, “por el cual se adopta el Plan de Desarrollo del departamento del Casanare para el período 1995-1997”.

La simple lectura de los hechos narrados lleva a la conclusión de que, al haber adoptado la Asamblea la decisión de negar el proyecto del Plan, no podía el gobernador adoptarlo mediante decreto, puesto que esa actuación administrativa estaba supe-ditada a que la Asamblea no hubiera tomado ninguna decisión, ni en pro ni en contra, según el texto del artículo 40 transcrito de la Ley 152 de 1994.

Así pues, no se requiere hacer mayores lucubraciones ni exámenes para demostrar lo que meridianamente aparece a primera vista, esto es, que el gobernador adoptó mediante decreto el plan en mención, no obstante haber tomado la Asamblea una decisión al respecto. Esto sea dicho, huelga aclararlo, para los efectos de la suspensión provisional, sin perjuicio de que, a lo largo del proceso, se logre desvirtuar la razón que motivó la medida tomada por el Tribunal y que será respaldada por esta Corporación.

En virtud de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

### RESUELVE:

*Confírmase* 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 25 de enero de 1996.

*Rodrigo Ramírez González, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez, ausente; Manuel S. Urueta Ayola.*

## **DECOMISO DE AUTOMOTOR / CONFISCACION ARBITRARIA - Inexistencia**

La confiscación que la Carta Política prohíbe es el acto arbitrario de privar a un particular de sus bienes para ponerlos en manos del fisco, es decir, sin que medie la justificación jurídica. Si se entendiera dicha figura con la connotación que le pretende dar el accionante, no tendrían razón de ser, por ejemplo, el proceso ejecutivo fiscal o el decomiso por violación al régimen aduanero, o el que es objeto de análisis en este caso, en los cuales se priva al particular de sus bienes a título de sanción o pena ante el incumplimiento de sus obligaciones y que suponen la tipificación previa de una conducta que amerita tal sanción.

## **DECOMISO DE AUTOMOTOR / IDENTIFICACION DE AUTOMOTOR- Inexistencia / PROCEDENCIA ILICITA DE VEHICULO / DECOMISO DE BIENES APREHENDIDOS / DERECHO DE DEFENSA / DAS - Facultades.**

El Jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, puede ordenar el decomiso de los elementos recuperados por funcionarios de ese Departamento cuando los bienes y objetos hayan sido aprehendidos por presumirse que su procedencia, adquisición o propiedad es ilícita o “dudosa”, y ninguna persona haya demostrado la legítima procedencia, adquisición o propiedad, y descartan, por consiguiente, la aplicación de los artículos 32 del Decreto 522 de 1971 y 105 a 107 del Decreto - ley 1344 de 1970, referentes a la conducta contravencional sancionable con arresto para quien suprima o modifique los número de identificación del motor o del chasis sin autorización, pues esta conducta es autónoma e independiente de aquella. Al actor no se le vulneró su derecho de defensa porque tuvo la oportunidad en la actuación administrativa, previa a la expedición de la Resolución acusada, de ser oído y de aportar las pruebas suficientes para desvirtuar la duda que recaía sobre la identificación del vehículo que reclama.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección  
Primera*

Santa Fe de Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*

Radicación: número 3470.

Referencia: Recurso de Apelación contra la sentencia de 8 de junio de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Actor: Jaime Gonzalo Castiblanco Cabalcante.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del actor contra la sentencia de 8 de junio 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 Jaime Gonzalo Castiblanco Cabalcante, por medio 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 Cundinamarca tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1a). Es nula la Resolución número 4455 de 9 de diciembre de 1991 "Por medio de la cual se ordena el decomiso definitivo, de bienes u objetos aprehendidos", expedida por el Director del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS.

2a). Como consecuencia de la anterior declaración se ordene a la demandada restituir el bien decomisado consistente en el vehículo marca BMW; tipo sedan, modelo 1986, color azul metalizado, placas FD 7944, motor 1523250, serie 0710X0-15219114, chasis WBAA0710X01521914.

En subsidio, que en caso de desaparecimiento del automotor antes identificado, o por imposibilidad física, técnica o mecánica legal para su entrega, se reconozca al actor por perjuicios morales el equivalente a un mil gramos de oro y por perjuicios materiales: la suma de 20.000.000.00, a título de daño emergente, equivalente al valor del vehículo al momento de su retención, o el valor que resulte probado dentro del proceso; y a título de lucro cesante el equivalente en pesos colombianos de la explotación económica de la anterior suma de dinero.

I. 2. En apoyo de sus pretensiones el actor adujo los siguientes cargos de violación:

*Primer Cargo:*

El acto acusado violó los artículos 2º, 6º, 13, 23, 29, 34, 58, 83, 85,90 y 91 de la Carta Política, por las siguientes razones:

## SECCION PRIMERA

a) No cumplió con el principio constitucional de garantizar los derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º). Si ello hubiere sido así, no se habría desconocido el debido proceso de que trata el artículo 29 y no se hubiera violado el derecho de defensa, al ordenar en la resolución acusada “Comuníquese y cúmplase”, evitando la debida notificación que establecen las leyes.

b) Al disponer el decomiso se ordenó una confiscación.

c) Se vulneró el artículo 6º porque el actor compró un vehículo legalmente importado por lo cual el Director del DAS se extralimitó en sus funciones.

d) Se quebrantó el artículo 13 ya que al actor se le dio un trato discriminatorio puesto no se le notificó ni comunicó el acto acusado.

e) Se violó el artículo 23 porque en el trámite de la averiguación administrativa se elevaron varias peticiones respetuosas las cuales no tuvieron respuesta.

f) Se violó el debido proceso porque el acto acusado no se sometió a las normas legales que lo desarrollan como el artículo 44 del C.C.A., 3º Del Decreto 2319 de 1976 y el Decreto 2274 de 1989.

g) Se violó el artículo 58 ya que no se ha protegido un bien legítimamente adquirido con justo título, buena fe y lícita procedencia.

h) El acto acusado jamás se sometió a lo ordenado en el artículo 83 porque no se cñio a los postulados de la buena fe, pues en el texto del mismo se refleja un espíritu mendaz al expresar que los interesados no se presentaron a reclamar el carro como tampoco a demostrar su licitud, cuando las pruebas presentadas dicen lo contrario.

i) Era de obligatorio cumplimiento dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 85, lo cual no sucedió.

j) Por lo ya referido se violaron los artículo 90 y 91.

### *Segundo Cargo:*

Se violaron por parte del acto acusado los artículos 1º, 2º 5º y 44 del C.C. A., 1º a 3º del Decreto 2274 de 1989, 3º, 9º y 10., del Decreto 2352 de 1989, 32 del Decreto 522 de 1971, 105 a 107 del Decreto 1344 de 1970 y 1º. a 3º., del Decreto 2319 de 1976.

Se violó el artículo 44 del C.C.A., por cuanto la resolución acusada, por poner fin a una actuación administrativa, es de notifíquese y cúmplase y jamás de comuníquese y cúmplase. Por lo tanto debió disponerse la notificación del actor, máxime si en el expediente administrativo obraba su dirección.

Se violaron los artículos 1º, 2º y 5º, *ibidem* ya que siendo el DAS una de las autoridades previstas en el artículo 1º debía someter sus actos a lo previsto en dichas normas.

El acto acusado es violatorio de los artículos 1° del Decreto 2274 de 1989 porque si el automotor decomisado tiene el carácter de mercancía y si sobre él recaía alguna sospecha de origen ilícito lo correcto hubiera sido aplicar dicha norma. De contera se violaron los artículos 2° y 3°, *ibidem* y 10 del Decreto 2352 de 1989.

El DAS debió dar estricto cumplimiento al artículo 32 del Decreto 522 de 1971, en armonía con los artículos 105 a 107 del Decreto 1344 de 1970, en virtud de que el hecho imputado consiste en que el actor ordenó regrabar los guarismos o sistemas de identificación del vehículo sin permiso de la autoridad de tránsito correspondiente y tal hecho, a la luz de las disposiciones citadas, constituye una contravención o falta de orden policivo sancionable con multa pero jamás con el decomiso del vehículo.

Dichas normas deben aplicarse de preferencia, en virtud del principio de la favorabilidad, como lo ordena el artículo 29 de la Constitucional Política, y era la autoridad de tránsito quien debió conocer del caso.

El acervo probatorio demuestra que dentro de los 120 días de la investigación administrativa adelantada por la oficina de Automotores del DAS el actor compareció ante esa dependencia como interesado, por ser propietario del carro, y demostró dicha propiedad y su legítima procedencia. Por lo tanto, la resolución acusada está basada en falsas motivaciones, violándose así los artículos 1° a 3° del Decreto 2319 de 1976.

I.3. A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 8 de junio de 1995, que fue oportunamente apelada por el apoderado del actor.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

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

1. Los cargos de violación de los artículos 2° y 29 de la Carta Política no están llamados a prosperar por cuanto la Resolución mediante la cual se ordenó el decomiso definitivo del vehículo se expidió previo el adelantamiento de la investigación a que alude el artículo 2° del Decreto 269 de 1986 y con la intervención del interesado y demandante en este proceso.

La circunstancia de que en dicha Resolución no se hubiese dispuesto la notificación de la misma al interesado no afecta el acto ya que tal notificación sólo incide en su ejecutoriedad mas no en su validez y en definitiva el demandante se notificó por conducta concluyente y por ello procedió a demandar.

2. El DAS para proceder al decomiso se apoyó en la atribución que señala el Decreto 2319 de 1976 y éste se presume ajustado al ordenamiento constitucional, por lo cual no se advierte una manifiesta violación del artículo 34 de la Carta Política.

3. No prospera el cargo de violación del artículo 6° *ibidem* pues no se demostró que efectivamente el demandante hubiese adquirido el vehículo legalmente importado

## SECCION PRIMERA

dado que el decomisado tenía unas partes del mismo y otras esenciales pertenecientes a otro u otros vehículos.

4. No prospera el cargo frente al artículo 13 *ibidem* porque, como ya se dijo, la falta de notificación del acto acusado no incide en su validez.

5. Es cierto que el actor solicitó al DAS la entrega del vehículo y esta entidad no se pronunció expresamente sobre las solicitudes. Pero ocurre que el procedimiento consagrado en el Decreto 269 de 1986 prevé la posibilidad de que el interesado dentro de la investigación acredite la propiedad o legítima adquisición del vehículo, en cuyo evento la decisión que se debe tomar es la de devolverlo. Y si dentro de esa etapa no se cumple con tal acreditación, la decisión a adoptar es la del decomiso, que fue lo que dispuso la entidad pública. Por esta razón, no se vulnera el artículo 23 *ibidem*.

6. Al no haber acreditado el demandante la propiedad del bien no se viola el artículo 58 *ibidem*.

7. Se observa que en las consideraciones de la Resolución acusada se dice que transcurrió el término de 120 días desde la fecha de aprehensión del vehículo sin que las personas interesadas hayan demostrado su legítima adquisición, procedencia o propiedad, mas no que los interesados no se hubiesen presentado a reclamar el vehículo. Por ello, no prospera el cargo frente al artículo 83 *ibidem*.

8. Como ya se dijo, la falta de notificación no incide en la validez del acto, por lo cual no se viola el artículo 44 del C.C.A.

9. Es cierto que de acuerdo con el inciso 2º, del artículo 1º del Decreto-ley 01 de 1984, la parte primera del C.C.A., se aplica al caso en estudio en los aspectos no previstos por los Decretos 2319 de 1976 y 269 de 1986, que contienen el procedimiento administrativo especial que se debe seguir para efectos de ordenar el decomiso de elementos recuperados por el DAS.

Pero no se advierte la violación del artículo 2º de dicho Código, pues precisamente la entidad demandada al adelantar la actuación administrativa que culminó con el decomiso del vehículo cumplió con el cometido estatal que le señala el referido Decreto 2319, en el sentido de que se debe proceder a la aprehensión y eventual decomiso de los bienes cuyo origen o procedencia sea ilícita o dudosa. Y no se da la infracción del artículo 5º, pues si bien es cierto que el demandante solicitó al DAS la entrega del vehículo, ello ocurrió dentro de la actuación Administrativa que prevé la culminación de la misma mediante una providencia que ordena el decomiso definitivo del elemento aprehendido o la entrega al interesado que demuestre la legítima adquisición, procedencia o propiedad y la Administración optó por la primera alternativa.

10. No puede prosperar el cargo de violación de los artículos 1º a 3º, del Decreto 2274 de 1989 y 3º, 9º y 10, del Decreto 2352 del mismo año, pues si bien es cierto que estas normas consagran la posibilidad del decomiso, esta figura resulta aplicable con

base en esa normatividad, cuando respecto a las mercancías importadas no se acredite el cumplimiento previo de los trámites correspondientes a su presentación, declaración o despacho en los términos previstos en el régimen aduanero. Y es claro que el vehículo objeto de este proceso fue aprehendido, no porque se considerara que no cumplía con los trámites relacionados con la importación y nacionalización del mismo, sino porque se consideró que su procedencia se presumía ilícita o dudosa en cuyo caso resultaba aplicable el Decreto 2319 de 1976.

11. Tampoco prospera el cargo de violación de los artículos 32 del Decreto 522 de 1971 y 105 a 107 del Código Nacional de Tránsito, porque si bien es cierto que el artículo 32 Del Decreto 522 de 1971 establece como una contravención de policía sancionable con arresto de 6 a 24 meses la conducta consistente en que una persona sin permiso de autoridad competente suprima o modifique los números de identificación del motor o los de las placas de su matrícula o use placa distinta de la autorizada, y que los artículos 105 a 107 del Código Nacional de Tránsito señalan los requisitos para que una persona pueda efectuar el cambio de motor o de chasis de un vehículo, así como la reconstrucción del mismo, no lo es menos que el caso en estudio no está sometido a esas normas porque esa contravención se configura cuando el propietario del vehículo procede a modificar los sistemas de identificación del mismo sin contar con la respectiva autorización de la autoridad de tránsito, mientras que el Decreto 2319 de 1976 resulta aplicable cuando se presume la procedencia ilícita o dudosa de un vehículo, lo cual no siempre ocurre por el cambio de los sistemas de identificación.

12. Tampoco prospera el cargo de violación de los artículos 1° a 3°, del Decreto 2319 de 1976 porque, como ya se dijo, el demandante sí compareció ante el DAS durante la etapa administrativa para solicitar la entrega del vehículo pero los documentos acompañados no resultaron suficientes para demostrar la propiedad o legítima adquisición o procedencia del mismo.

13. Como el demandante no expone los fundamentos de violación de los artículos 85, 90 y 91 de la Carta Política, no puede hacerse un examen o estudio de los mismos.

### III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En el escrito de impugnación el recurrente, además de reiterar los cargos de violación hechos en la demanda expresó, en síntesis, lo siguiente:

1°. Si se analizan con detenimiento los Decretos 2319 de 1976 y 269 de 1986 se observa que el decomiso es viable siempre y cuando los bienes u objetos sean el producto de transacciones ilícitas. En el expediente consta con absoluta claridad que el vehículo no fue obtenido por el actor en forma ilícita sino por compra que hizo al doctor Pedro Medina Avendaño, como consta en la hoja de papel de seguridad N°. BA-4435853.

Esta claro además que el actor se presentó ante el DAS varias veces señalando y demostrando que era su legítimo poseedor de buena fe y por ende es falsa la moti-

## **SECCION PRIMERA**

vación del acto acusado cuando dice que se decomisó el bien porque ninguna persona demostró la procedencia ni la propiedad del mismo. Obran pruebas en el expediente que acreditan lo contrario: que el actor es el propietario, aunque no inscrito y casualmente fue el quien lo llevó al taller Norben para las reparaciones de pintura y de piezas de latonería, como lo confirmó el administrador de dicho taller.

Si el automotor fue encontrado en el citado taller, especializado en arreglo de vehículos finos, no fue porque allí se hicieran arreglos para transformar automotores sino porque es un taller de reconocida fama y pulcritud.

El vehículo es el mismo que se trajo al país por el doctor Medina Avendaño porque el Icetex lo autorizó para traerlo y no es cierto que se le estaba cambiando la serie.

2. Es de suma importancia el análisis del documento que se encuentra en el expediente número 584067 donde se aprecia que al automotor al momento de matricularse le tomaron las improntas y que indica con certeza que los números que trajo el carro en el chasis eran: WBAA0710X0-1521914. El error lo cometió el tránsito de Soacha al no escribir las letras que anteceden a los números.

### **IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

El señor Procurador Segundo Delgado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se revoque la sentencia apelada porque considera que de los documentos obrantes a folios 1,3, y 13 del cuaderno anexo número 1 se infiere que el vehículo ingresado al país por el abogado Pedro Medina Avendaño es el mismo decomisado por el DAS, ingresado legalmente ya regrabado, en cuya documentación posterior, es decir, cuando fue matriculado en Soacha, se omitió registrar el número correcto que tenía tanto en el manifiesto de importación y la factura proforma como en la certificación del Icetex, sobre retorno de profesionales al país.

### **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

De los documentos que obran en el expediente, la Sala extrae lo siguiente:

Los hechos que dieron lugar a la expedición de la resolución acusada guardan relación con irregularidades que el Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, observó en el número del motor y del chasis del vehículo que reclama el actor.

En efecto, el DAS aprehendió el 26 de octubre de 1990 un vehículo marca BMW, placas FD7944, motor 1523250 "Por encontrarse recortada la lámina donde la casa Fabricante estampa la serie general de identificación" (folios 20 y 21 del cuaderno de anexos).

Al ser analizado dicho vehículo por parte del técnico de identificación de automotores del DAS se concluyó que el automotor presentaba "los sistemas de identifi-

cación de motor regrabado, plaqueta serial falsa y el transversal de la carrocería cortado en forma rectangular” (folio 15 *ibidem*).

Al actor se le oyó en versión libre y espontánea el 12 de febrero de 1991 ante el grupo de automotores de la división de policía judicial (folios 76 a 78 *ibidem*), en la cual expuso, lo siguiente:

Que entre los años 1986 y 1987 fue socio de hecho con el señor Javier Salazar del establecimiento comercial denominado Auto Becker, cuyo objeto social era la comercialización de vehículos; y que adquirieron, entre otros vehículos, el BMW, el cual fue vendido a un cliente, quien lo devolvió porque tuvo problemas en el tránsito a la hora de registrar el traspaso ya que según concepto verbal de los peritos del tránsito las grabaciones de chasis, motor y serie no eran originales.

Que según lo manifestó su socio “efectivamente el carro no tenía las grabaciones de motor y serie en la forma en que usualmente los vehículos de este tipo vienen grabados”.

Que llevo personalmente el vehículo a la BMW en donde le dijeron que las grabaciones no venían de la misma forma en que vienen los carros originales.

Que el carro fue importado y se registró ante las autoridades de tránsito con el lleno de los requisitos legales y que las improntas o huellas de los número del chasis y de serie con que había sido registrado eran los mismos que tenía el vehículo, por lo cual dicho vehículo había venido de Alemania, país de origen, con las grabaciones que tiene el vehículo en la actualidad.

Que llevó el carro al taller Norben y le dio la orden al señor Campo Elías Cardona para que le quitaran la lata donde va la serie porque le iba a pedir a los señores de la BMW que le grabaran el mismo número que tenía la lata pero en la forma como viene grabando el original en esta clase de vehículos.

Lo anterior fue corroborado por el mencionado señor Javier Salazar García (folios 74 a 75 *ibidem*).

A folios 25 a 27 del cuaderno número 2 obran, entre otras, las siguientes fotocopias de documentos provenientes de la Inspección Departamental de Tránsito y Transportes de Soacha.

El registro nacional de automotor, es decir el documento a través del cual se matriculó el vehículo de marras, el manifiesto de importación, el certificado de empadronamiento y la solicitud de matrícula.

En el registro nacional de automotor se expresa que el motor número 1523250 no es regrabado y que el chasis número 0710X0-1521914 no es regrabado.

En el manifiesto de importación en la casilla correspondiente a la descripción detallada de la mercancía se relaciona como número de chasis el WBAAD710X0-

## SECCION PRIMERA

1521914. Pero al respaldo de dicho documento en la casilla "Sección Reconocimiento y Aforo" se afirma reconocer un vehículo con chasis número 0710X0-1521914, esto es, sin letras que lo antecedan.

En el certificado de empadronamiento, expedido por la Dirección General de Aduanas, tampoco se identifica el chasis con las letras antecedentes WBAAD sino que se relaciona el número 071X01521914.

En la solicitud de matrícula hecha por el doctor Pedro Medina Avendaño tampoco se identifica el número de chasis del vehículo con las citadas letras antecedentes, lo cual coincide con la identificación que del vehículo se hizo por aquél en el traspaso en blanco, con reconocimiento de firma ante el Notario 8º, del Círculo de Bogotá, obrando a folio 118 cuaderno de anexos.

Lo anterior pone en evidencia que la identificación del vehículo no era clara; que las regrabaciones del motor y del chasis eran un hecho indiscutible y que, igualmente, no existieron elementos de juicio suficientes, ni en la vía gubernativa ni en la jurisdiccional, que llevaran a una conclusión diferente, a la de que tales regrabaciones venían del país de origen o que estaban autorizadas por la autoridades del mismo.

Las circunstancias anteriores hacen encuadrar la situación dentro del supuesto fáctico a que alude el literal a) del artículo 1º, del Decreto 2319 de 1976 "por el cual se reglamenta el remate de bienes recuperados por funcionarios del Departamento Administrativo de Seguridad, de que trata el artículo 3º, de la Ley 15 de 1968", expedido por el Gobierno Nacional, según el cual el jefe del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, puede ordenar el decomiso de los elementos recuperados por funcionarios de ese Departamento cuando los bienes u objetos hayan sido aprehendidos por presumirse que su procedencia, adquisición o propiedad es ilícita o "dudosa", y ninguna persona haya demostrado la legítima procedencia, adquisición o propiedad, y descartan, por consiguiente, la aplicación de los artículos 32 del Decreto 522 de 1971 y 105 a 107 del Decreto-ley 1344 de 1970, referentes a la conducta contravencional sancionable con arresto para quien suprima o modifique los números de identificación del motor o del chasis sin autorización, pues esta conducta es autónoma e independiente de aquélla.

En razón de lo anterior, tampoco tienen vocación de prosperidad los cargos de violación de los artículos 6º, 58, 83, 85, 90 y 91 de la Carta Política; 1º, 2º y 5º, del C.C.A. y 1º, a 3º del Decreto 2319 de 1976.

Al actor no se le vulneró su derecho de defensa porque tuvo la oportunidad en la actuación Administrativa, previa a la expedición de la Resolución acusada, de ser oído y de aportar las pruebas suficientes para desvirtuar la duda que recaía sobre la identificación del vehículo que reclama. El hecho de que la resolución acusada hubiera dispuesto "Comuníquese" y no "Notifíquese" no es causal de nulidad de la misma, pues estos aspectos son extrínsecos a ella, además de que no le impidieron acudir a la vía jurisdiccional oportunamente.

Por lo anterior, no están llamados a prosperar los cargos de violación frente a los artículos 2º, 13 y 29 de la Carta Política y 44 del C.C.A.

De otra parte, el acto acusado a través del cual se dispuso el decomiso del vehículo constituye una respuesta a las peticiones del actor relativas a la entrega del mismo, razón por la cual no es de recibo el argumento consistente en la violación del artículo 23 de la Carta Política.

Tampoco es de recibo la censura del actor consistente en la violación del artículo 34 *ibídem* ya que la confiscación que la Carta Política prohíbe es el acto arbitrario de privar a un particular de sus bienes para ponerlos en manos del fisco, es decir, sin que medie una justificación jurídica.

Si se entendiera dicha figura con la connotación que le pretende dar el accionante no tendrían razón de ser, por ejemplo, el proceso ejecutivo fiscal o el decomiso por violación al régimen aduanero, o el que es objeto de análisis en este caso, en los cuales se priva al particular de sus bienes a título de sanción o pena ante el incumplimiento de sus obligaciones y que suponen la tipificación previa de una conducta que amerita tal sanción.

Del análisis de los hechos y de los documentos efectuado *ab initio* de estas consideraciones se infiere claramente que la medida de decomiso que recayó sobre el automotor reclamado por el accionante no tuvo como fundamento la violación al régimen de aduanas, lo cual descarta la aplicación del artículo 3º del Decreto 2319 de 1976 y del Decreto 2274 de 1989.

Los razonamientos precedentes conducen a la Sala a confirmar el fallo apelado, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

#### **FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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

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

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 1º de febrero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Urueta Ayola.*

**RUTAS Y HORARIOS - Adjudicación / RESOLUCION MOTIVADA / FALSA MOTIVACION - Inexistencia**

Los factores en este caso de asignación de rutas y horarios son numéricos, producto como antes se dijo de aplicación de fórmulas matemáticas que no permiten mayores interpretaciones, salvo la de quien tuvo un mayor o menor puntaje, reuniendo así los requisitos exigidos por la ley para la adjudicación.

**RUTAS Y HORARIOS - Adjudicación / PARQUE AUTOMOTOR - Edad promedio / ESTUDIO TECNICO - Aplicación / ESTUDIO TECNICO - Validez / SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE**

Para la valoración de la edad promedio del parque automotor se tuvo en cuenta la fecha más próxima a la expedición del acto administrativo, pues este promedio puede variar por la 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 relativa a la edad de los vehículos que lo sirven.

**RUTAS Y HORARIOS - Adjudicación / ACTUACION ADMINISTRATIVA - Finalización / NOTIFICACION PERSONAL / CADUCIDAD**

De acuerdo con el artículo 44 del C. C. A., que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado. Tratándose de una resolución que definía la solicitud formulada por la empresa a quien favorecería o perjudicaba la decisión, es evidente que la notificación tiene que ser en legal forma, esto es, de manera personal. La demora en la actuación administrativa, notificación del acto, se debe exclusivamente al trámite propio de la administración pública, el cual no puede perjudicar al particular recortando su derecho a intentar la acción correspondiente ante la jurisdicción contenciosa.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero 2 de 1996.

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*.

Radicación número 3123.

Referencia: 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: 04698 del 6 de octubre de 1993, por la cual se resuelven unas solicitudes y propuestas de rutas y horarios a unas empresas de transporte público de pasajeros en las rutas El Banco-Aguachica-San Alberto-Bucaramanga-Pamplona-Cúcuta y viceversa; Santa Fe de Bogotá-Bucaramanga-Aguachica-Ocaña y viceversa; y, El Banco-El Burro-Aguachica-Ocaña-Sardinata-Cúcuta y viceversa; y 06722 del 22 de diciembre de 1993, por la cual se decide un recurso de reposición interpuesto contra la Resolución anteriormente citada.

### LOS ACTOS ACUSADOS

Mediante la primera de las Resoluciones el Intra decidió autorizar a la Empresa Cooperativa Integral de Transportadores Omega Ltda., la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en las siguientes rutas:

Ruta 1: El Banco-Aguachica-San Alberto-Bucaramanga-Pamplona-Cúcuta y viceversa.

Saliendo de El Banco: 07:00

Saliendo de Cúcuta: 22:00

Ruta 2: Santa Fe de Bogotá-Bucaramanga-Aguachica-Ocaña y viceversa.

Saliendo de Santa Fe de Bogotá: 19:00

Saliendo de Ocaña: 20:00

Además autorizó a la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., Copetrán, la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en la ruta 3: El Banco-El Burro-Aguachica-Ocaña-Sardinata-Cúcuta y viceversa, así:

Saliendo de El Banco: 09:00

Saliendo de Cúcuta: 20:00

Así mismo, decidió negar las propuestas de otras empresas, entre ellas "Copetrán", por no existir mayor disponibilidad de horarios en las rutas 1 y 2.

## SECCION PRIMERA

Por medio de la segunda de las resoluciones referenciadas se resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera, confirmando en todas sus partes. Este acto administrativo fue notificado personalmente al apoderado de Copetrán el día 7 de julio de 1994.

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 las rutas 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 número 04698 de 6 de octubre de 1993, la empresa Cooperativa Integral de Transportadores Omega Ltda. había solicitado a principios de 1993 la adjudicación de unas rutas y horarios; al aviso publicado por el Intra y ordenado por Resolución 02537 del 20 de mayo de 1993 sobre la disponibilidad de horarios en las rutas solicitadas, presentaron propuestas cinco (5) empresas; no hubo oposición a lo determinado en la Resolución 02537 del 20 de mayo de 1993 y la División de Empresas y Rutas elaboró el estudio de 117 de 1993 para la adjudicación de rutas y horarios que se plasmó en la Resolución 04698 de 1993.

Las rutas y horarios fueron asignados, como antes se dijo, y dentro de la oportunidad legal Copetrán interpuso recurso de reposición contra la Resolución inicial, aduciendo que hubo indebida aplicación de la metodología a que se refiere el Decreto 1927 de 1991.

El recurso de reposición fue resuelto mediante la Resolución 06722 del 22 de diciembre de 1993, confirmando la decisión impugnada. Esta resolución fue notificada a Copetrán el 7 de julio de 1994.

### **NORMAS CITADAS COMO VIOLADAS Y LA EXPLICACION DE LA VIOLACION**

El actor señala como tales los artículos 57 (numeral 2) y 58 del Decreto 1927 de 1991 y los artículos 3 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, numeral 2, en el cual se dan las fórmulas para calcular la edad promedio de los vehículos, sin consideración de la clase de los mismos.

Dice que al analizar el contenido del Estudio número 117 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 en 8.62 años para la época en

que se evaluó su propuesta, hecho que no se ajusta a lo ordenado legalmente, según el análisis que hace seguidamente.

Manifiesta más adelante el actor que la Resolución 4698 de 1993 adolece de falsa motivación, pues la información que ésta contiene es insuficiente, “debido a que sólo alude a los resultados de una actuación en cifras, remitiendo en lo restante al texto de un estudio (número 117), lo que 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 al numeral 2 del artículo 57 del Decreto 1927 de 1991 condujo a que la evaluación de la propuesta de Copetrán arrojará una calificación inferior a la que real y legalmente tenía derecho, lo que igualmente determinó que se aplicaran incorrectamente las reglas a que se refiere 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 117 de 1993, concluye con la afirmación de que la irregular expedición de la Resolución acusada debe propiciar la declaratoria de su nulidad y la adjudicación de los servicios a Copetrán “en la forma y proporción que esa honorable Corporación determine”.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada la demanda en la forma legal, se hizo presente para responder los cargos de la Cooperativa Integral de Transportadores Omega Ltda., mediante apoderado judicial legalmente constituido.

Al exponer las razones de la defensa, manifiesta que las resoluciones del Intra tienen suficiente motivación, que antes de la adjudicación se adelanta un estudio técnico de las propuestas con el fin de determinar cuál de las empresas reúne todos los requisitos y los mejores puntajes para la adjudicación.

Observa que no hubo irregularidad en la expedición de las resoluciones, pues se hizo la escogencia con base en un puntaje y que no se puede modificar el de edad promedio del parque automotor, pues éste corresponde al mismo que tenía cada empresa al momento de hacerse la evaluación y, finalmente, que no es cierto que se hayan transgredido normas de derecho en la expedición del acto atacado, puesto que el Intra simplemente obedeció lo dispuesto en la ley y en toda licitación escogiendo la propuesta mejor calificada.

Propone el apoderado la excepción de fondo de caducidad de la acción, argumentando que la notificación de la Resolución 06722 de 1993 no se hizo conforme lo dispuesto en los artículos 44 y 45 del C. C. A. según los cuales, la notificación debe efectuarse dentro de los cinco días siguientes al envío de la citación, y si ella no pudiese efectuarse, la notificación se surtirá por edicto. Conforme con lo anterior, dice el proponente, y teniendo en cuenta la fecha de expedición del acto, la resolución que

## SECCION PRIMERA

resolvió el recurso de reposición ha debido ser notificada por edicto en el mes de enero de 1994, y a partir de ese momento debió comenzar a contabilizarse el término de caducidad, que en tal caso vencería en el mes de mayo o, máximo, junio de 1994. Y concluye:

“El hecho de que Copetrán hubiera decidido notificarse personalmente en el mes de julio de 1994, seis meses después de lo correspondiente, no implica que el término de caducidad se comience a contar desde este último término por cuanto, tal como lo ha precisado la jurisprudencia, los términos de caducidad son de orden público lo que implica que no están sujetos a la voluntad de la administración ni de los administrados, motivo por el cual la excepción propuesta está llamada a prosperar. Desconocer lo anterior sería olvidar que las normas que consagran lo referente a términos y notificaciones, insisto, son de orden público, y por lo tanto mal pueden ser desconocidas por una entidad estatal —en este caso el Instituto Nacional del Transporte, en adelante Intra— o por un particular como en el asunto sub judice”.

Los conceptos de los profesionales que apersonan en el proceso a las dos partes, son ratificados en sus alegatos de conclusión presentados en la oportunidad procesal correspondiente.

### INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada en lo Contencioso ante esta Corporación, al descorrer el traslado ordenado por el Despacho Sustanciador, expone su concepto sobre la materia de la litis y solicita a la Sala que no se acceda a las pretensiones de la demanda.

Para sustentar su criterio, aduce la funcionaria que “el demandante en el concepto de la violación expresa que el Intra aplicó indebidamente la fórmula para establecer el puntaje que le desfavoreció su propuesta”, transcribe el artículo 57 del Decreto 1927 de 1991 y la fórmula aplicable para la calificación de la empresa, en la cual Copetrán obtuvo un puntaje que no la favorecía y que aparece en el estudio 117 de 1993 el cual no fue recurrido por la parte actora para solicitar la modificación del mismo, por lo que estando en firme, el puntaje fue correctamente aplicado en la resolución.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto demandado es la Resolución número 04698 de 6 de octubre de 1993 en cuanto asignó unas rutas de transporte público de pasajeros entre las ciudades de El Banco y Cúcuta y viceversa y Santa Fe de Bogotá y Ocaña y viceversa.

Entre las empresas que presentaron propuestas está la Cooperativa Santandereana de Transportadores Ltda., Copetrán, empresa a la que se le asignó la ruta 3: El Banco-El Burro-Aguachica-Ocaña-Sardinata-Cúcuta y viceversa.

Habiendo quedado inconforme la empresa aludida al considerar que su puntaje para clasificar fue incorrectamente aplicado, solicitó la reposición de la Resolución número 4698, recurso que fue resuelto mediante la Resolución 06722 del 22 de diciembre de 1993, expedida por la Directora Liquidadora del Intra.

Esta resolución fue notificada por la Regional de Santander de la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor del Ministerio de Transporte a la apoderada de Copetrán el día 7 de julio de 1994.

Es sabido, de acuerdo con el artículo 44 del C. C. A., que las decisiones que pongan término a una actuación administrativa se notificarán personalmente al interesado, o a su representante o apoderado.

Tratándose de una resolución que definía la solicitud formulada por la empresa a quien favorecía o perjudicaba la decisión, es evidente que la notificación tiene que ser en legal forma, esto es, de manera personal. Según el certificado de existencia jurídica y representación legal expedido por Dancoop, el domicilio de la empresa es la ciudad de Bucaramanga (calle 55 número 17B-17) y por tanto es de suponer que la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor comisionó a la Regional de Santander para llevar a cabo dicha diligencia, por ser la forma más eficaz para la práctica de la misma, de acuerdo con lo previsto en el inciso 3 del mencionado artículo 44 del C. C. A.

De modo que la demora en la actuación administrativa notificación del acto, se debe exclusivamente al trámite propio de la administración pública, el cual no puede perjudicar al particular recortando su derecho a intentar la acción correspondiente ante la jurisdicción contenciosa.

La Subdirectora de Transporte de Pasajeros del Ministerio de Transporte en oficio 014496 del 5 de mayo de 1995 expresa que la Resolución 6722 fue debidamente notificada a Copetrán por la Regional Santander y aclara que tal acto administrativo no fue notificado por edicto.

Se deduce de lo anterior que la caducidad de la acción no operó en la forma solicitada por el apoderado de la Cooperativa Integral de Transportadores Omega Limitada.

Vista la no prosperidad de la excepción de caducidad propuesta, debe la Sala entrar a decidir de fondo en el presente caso.

El actor ataca la Resolución 4698 de 1993 expedida por el Intra con el argumento de que dicha resolución infringe las normas que le sirven de fundamento, a saber, los artículos 57 y 58 del Decreto 1927 de 1991.

El artículo 57, numeral 2 dice:

“Artículo 57. Para la evaluación y análisis de las diferentes propuestas, se tendrán en cuenta los siguientes factores:

## SECCION PRIMERA

“...  
“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...”

Sostiene el actor que el estudio que sirvió de base para la adjudicación de las rutas (el número 117 de 1993) le asignó a Copetrán una edad promedio del parque automotor de 8.62 años cuando se debió haber tenido en cuenta el dato de 5.83 años que sirvió de base para la calificación de la empresa plasmada en la Resolución 259 de 14 de mayo de 1993.

En principio, y de acuerdo con las pruebas aducidas, parece que hubiera una contradicción en lo que hace relación con la edad promedio de los vehículos.

Así en la Resolución 4698 del 6 de octubre de 1993 (folio 4) se da un puntaje a Copetrán de 11.38 para el parque automotor, al cual de acuerdo con el cuadro número 2 del estudio 117 de 1993 (folio 13) corresponde a una edad promedio de 8.62 años.

A folios 23 y 24 aparecen dos constancias firmadas por el Jefe de la División de Transporte del Intra, la primera de fecha 17 de mayo y la segunda de 26 de octubre de 1993, en las que se expresa que la edad promedio del parque automotor de Copetrán es de 5.83.

Pero debe observarse que estas certificaciones son claras al afirmar que el estudio que arrojó dicha edad promedio fue realizado para la “calificación” de la empresa Copetrán, hecho que sucedió el 14 de mayo de 1993 mediante Resolución 259. Esta calificación según el artículo 30 del Decreto 1927 de 1991 tiene una vigencia de 5 años. Para la calificación se debe hacer el ejercicio de promediar la edad del parque automotor, lo que no quiere decir que durante la vigencia de la calificación se deba emplear para otros efectos el factor de la edad promedio que allí aparece, puesto que debido a la variación que el mismo sufre a consecuencia de la vinculación y desvinculación frecuente de automotores a la empresa, la edad promedio cambia de un mes a otro.

El artículo 57 del Decreto citado al señalar los factores que deben tenerse en cuenta en la evaluación para el otorgamiento de rutas y horarios indica de manera diferenciada la calificación de la empresa y la edad promedio del parque automotor. Este artículo no hace referencia a que pueda utilizarse el dato contenido en la calificación sobre edad promedio, sino que da las fórmulas que deben aplicarse en este caso para obtener este factor.

En las consideraciones que hace la Dirección del Intra en la motivación de la Resolución 6722, visibles a folio 8, se afirma que cada vez que se requiera para un caso de rutas y horarios el Instituto solicita una relación certificada a la Regional donde tiene jurisdicción cada empresa sobre el parque automotor; se señala allí mismo

que la certificación evaluada fue requerida en el mes de octubre de 1993, factor que utilizó el Intra para el estudio 117 y que sirvió de razón para rechazar el recurso propuesto contra la Resolución 4698 de 1993.

Para dicho mes de octubre, según expresión del Instituto, la edad promedio era de 8.62, información que es casi coincidente con la que aparece en la certificación que a petición del Consejero conductor de este proceso, expidió el Asesor Regional de Santander de la Dirección General de Transporte y Tránsito Terrestre Automotor visible a folio 107, según la cual para septiembre de 1993, la edad promedio del parque automotor de Copetrán era de 8 años.

Como antes se dijo las constancias visibles a los folios 23 y 24 se refieren al promedio de edad del parque automotor en el mes de mayo de 1993; la información del estudio 117 y la allegada al proceso a solicitud de esta Corporación, se refieren a la edad promedio en los meses de octubre y septiembre de 1993, esto es, son los datos más cercanos a la fecha de expedición de la resolución que es el día 6 del dicho mes de octubre.

En este sentido, son atendibles las razones de la defensa en cuanto que para la valoración de la edad promedio del parque automotor, se tuvo en cuenta la fecha más próxima a la expedición del acto administrativo, pues este promedio puede variar por la 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 alguna 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 de edad 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 años.

El segundo cargo lo hace consistir el actor en que la Resolución 4698 adolece de falsa motivación, esto porque el artículo 58, parágrafo del Decreto 1927 de 1991, ordena que la adjudicación de las rutas se haga mediante Resolución motivada y que dicha motivación no aparece en la Resolución 4698, sobre todo con miras a poder ejercitar en debida forma el principio de contradicción. Agrega que es insuficiente la información sobre la aplicación de los artículos 57 y 58 del Decreto 1927, debido a que sólo alude a los resultados de una actuación en cifras, remitiendo en lo restante al texto de un estudio (Nº 117), lo que sustrae al afectado del acto y coloca lo sustancial de la motivación por fuera del mismo.

Sobre el particular se comenta: una lectura detenida de los artículos 57 y 58 del Decreto 1927 de 1991 que contienen, el primero de los factores que se deben tener en

## SECCION PRIMERA

cuenta para la evaluación y análisis de las propuestas y el segundo, las reglas que deben seguirse para la adjudicación entre las empresas evaluadas, nos da una idea precisa de tales factores expresados en fórmulas matemáticas, las cuales por su misma naturaleza son precisas y no susceptibles de motivación. Vale decir, conocidos los resultados obtenidos de la aplicación de las fórmulas y los elementos o factores determinados de cada una de las empresas evaluadas, se debe estar a lo expresado por aquéllas, debiendo simplemente efectuar la sola comparación escalonada de los puntajes así obtenidos para decidir la adjudicación.

La Resolución 4698 hace una recapitulación del proceso de solicitudes y propuestas de rutas, de los pasos dados por el Intra y remite al estudio 117 de 1993, el cual en 11 folios se anexó al expediente y que seguramente fue conocido por las empresas interesadas en la adjudicación de las rutas.

No parece necesario y sería poco práctico el incluir en una resolución de esta naturaleza todo el estudio detallado, que llevó a tomar la determinación administrativa. Debe tenerse en cuenta que el estudio 117 en el cual quedó consignada la aplicación de las disposiciones de los artículos 57 y 58 del Decreto 1927 de 1991, por tratarse de un documento público estuvo al conocimiento no sólo de los interesados sino de todo aquel que quisiera consultarlo.

Se observa entonces que los factores en este caso de asignación de rutas y horarios son numéricos, producto como antes se dijo de aplicación de fórmulas matemáticas que no permiten mayores interpretaciones, salvo la de quien tuvo un mayor o menor puntaje, reuniendo así los requisitos exigidos por la ley para la adjudicación.

No comparte entonces la Sala el criterio del actor de que la Resolución impugnada adolece de falsa motivación.

No se acepta tampoco el tercer cargo de expedición irregular de la Resolución 4698, por la sencilla razón que se analizó en el primer cargo de que el factor tenido en cuenta relacionado con la edad promedio de los automotores fue correctamente aplicado por el Intra al entrar a evaluar las propuestas presentadas por las distintas empresas transportadoras y por tanto no hay lugar a variación alguna en el factor anotado.

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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Devuélvase a la parte actora o su apoderado, la suma depositada para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

Reconócese al doctor José María del Castillo Abella como apoderado judicial de la sociedad Omega Ltda., conforme y para los efectos de la sustitución hecha a folio 123.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1° de febrero de 1996.

*Rodrigo Ramírez González, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Urueta Ayola.*

**ACTO GENERAL - Vigencia / ACCION DE NULIDAD / EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA - Vigencia / SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia**

El acto cuya nulidad se solicita no está vigente y, por tanto podría presentarse en este proceso, al momento de fallar, el fenómeno de la sustracción de materia pues carecería de sentido un pronunciamiento jurisdiccional sobre la anulación de los mismos. Ya en sentencia del 14 de enero de 1991, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, después de hacer valiosas consideraciones al respecto, definió la situación en el sentido de que, “es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnan en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún así derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”. En el presente caso, como se consideró, no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma.

**EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA / VISITA DE FAMILIARES - Restricciones / DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS / DERECHO A UNA FAMILIA**

No se puede afirmar con propiedad que con la medida de permitir, en los días de visitas de familiares y amigos, sólo el ingreso de 2 personas por cada interno, se esté violando en forma abierta y directa el derecho del niño a tener una familia, por cuanto no se está prohibiendo o eliminando la visita ni la comunicación de los hijos respecto del padre interno, sino restringiéndola en la medida en que el señor Director del Inpec, previamente autorizado por las normas legales, lo considera conveniente para

el cumplimiento del Plan de Emergencia Penitenciario y Carcelario. No aparece claro que con la restricción del número de los visitantes al recluso se afecte a sus hijos los derechos que éstos tienen a la vida, la integridad física, la alimentación, el cuidado, el amor, la educación, etc., no solamente por la falta de relación entre la medida acusada y los derechos consagrados en favor de los niños en la norma citada como infringida, sino también por la imposibilidad física del padre interno para asistir y proteger a sus hijos y garantizarles el desarrollo armónico e integral de sus derechos.

#### **EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA / VISITA DEL ABOGADO - Restricciones / DERECHO DE DEFENSA DEL INTERNO**

No observa la Sala que al restringirse a una hora la visita del abogado, se desconozca el derecho de defensa del interno, porque no se prohíbe, ni se elimina la comunicación entre ellos, ni se le priva al sindicado del derecho a estar asistido por un abogado, ni del tiempo ni de los medios adecuados para la preparación y orientación de la defensa.

#### **EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA / AISLAMIENTO DEL INTERNO / SEGURIDAD PENITENCIARIA**

Tampoco observa la Sala la violación del artículo 123 de la Ley 65 de 1993 por parte del artículo 7º del acto acusado; pues si bien es cierto que aquella, en el artículo citado como violado, al establecer de manera general las sanciones para las faltas graves, señala la del aislamiento en celda hasta por sesenta días con derecho a dos hora de sol diarias, no lo es menos que la misma ley en su artículo 168, inciso tercero, en los estados de emergencia penitenciaria y carcelaria, autoriza al Director General del Inpec para tomar las medidas necesarias, entre otras, el aislamiento, para superar hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria. El acto que ahora se impugna se dictó como una medida especial del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, durante el cual, de conformidad con lo dispuesto en el ya citado artículo 168 de la Ley 65 de 1993, el Director General del Inpec, puede adoptar todas las medidas necesarias con el fin de superar la situación que dio lugar a él.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero 2 de 1996.

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*.

Radicación número 3339.

## SECCION PRIMERA

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Personero de Medellín.

Se dispone la Sala, a través de este proveído, a decidir la acción de nulidad interpuesta por el señor Personero de Medellín contra la Resolución número 1157 del 6 de marzo de 1995, expedida por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, por medio de la cual se dictan medidas especiales durante el estado de emergencia penitenciario y carcelario.

### EL ACTO ACUSADO

Es la Resolución número 1157 del 6 de marzo de 1995, dictada por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, por medio de la cual se dictan medidas especiales durante el estado de emergencia penitenciario y carcelario.

En la introducción de la resolución cuestionada, se considera:

“Que mediante Resolución número 432 del 1° de febrero de 1995 se declaró el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria, por el término de 180 días en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del orden nacional.

“Que en la Resolución número 431 del 1° de febrero de 1995, se adoptó el Régimen Especial de Seguridad, el cual puede ser aplicado durante la vigencia del Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria, total o parcialmente, en todos, alguno o algunos de los establecimientos que cobija dicho estado.

“Que de conformidad con el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, el Director General del Inpec puede adoptar todas las medidas necesarias con el fin de superar la situación que dio lugar a la Emergencia Penitenciaria y Carcelaria.

“Que se hace necesario determinar las medidas tanto del Régimen Especial de Seguridad, como de otras que se consideran convenientes, para ser aplicadas durante el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria, así como los establecimientos de reclusión donde se les dará cumplimiento”.

En la parte resolutive se determina que las medidas contenidas en su articulado se aplicarán en las penitenciarias del país allí expresamente señaladas; se regulan las visitas en el sentido de permitir el ingreso de 2 personas por cada interno y se toman otras medidas al respecto tales como la requisita íntima, el ingreso de elementos y de alimentos; para la apertura de la correspondencia se hace remisión al artículo 6° de la Resolución 431 de 1995; en el artículo séptimo se faculta al director del establecimiento de reclusión, con el fin de mantener la seguridad interna, para ordenar el aislamiento hasta por el término de duración de la emergencia penitenciaria y carcelaria, con derecho a una hora de sol diaria y a recibir la visita de dos personas por día en un fin de semana al mes. Finalmente, se remite, para efecto de las diligencias judiciales, a la

resolución ya citada y se determina la vigencia de la presente resolución, “durante el estado de emergencia declarado mediante la Resolución número 432 del 1° de febrero de 1995”.

### **LAS NORMAS VIOLADAS Y EL CONCEPTO DE LA VIOLACION**

Manifiesta el accionante que con la expedición de la Resolución 1157 de 1995, se violaron los artículos 2°, 5°, 12, 20, 29 y 44 de la Constitución y los artículos 5° y 123 de la Ley 65 de 1993.

Al explicar el concepto de la violación, estima el actor que el artículo 2° de la Resolución acusada, que trata sobre visitas, al restringirlas a 2 personas por interno, vulnera abiertamente el derecho fundamental que tienen los niños, hijos de quienes se encuentran privados de la libertad, a tener una familia, principio consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional; que dicha disposición ataca la familia física y espiritualmente considerada, toda vez que entre sus miembros estará limitada la interrelación, generando el desequilibrio emocional de sus integrantes.

Se refiere luego al artículo 7° en el que se adopta el aislamiento como medida para mantener la seguridad interna y manifiesta que “la conducta de torturar puede predicarse tanto del Estado como de los particulares. De igual manera que el derecho a no ser sometido a desapariciones forzadas, tratos crueles, inhumanos o degradantes, son todas hipótesis mediante las cuales se pueden vulnerar los verdaderos derechos que se quieren proteger: el derecho a la integridad personal, a la autonomía y especialmente a la dignidad humana”. Dicha disposición, agrega, ataca el artículo 12 de la Constitución Nacional que a la letra dice: “Nadie será sometido a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”.

Concluye el memorialista anotando que el artículo 123 de la ley por la cual se expidió el Código Penitenciario y Carcelario, establece como máxima sanción el aislamiento en celda por 60 días, con 2 horas de sol diarias y sin recibir visitas. “Esto para significar que el régimen confeccionado para el estado de emergencia rebasa los límites de la ley que en Colombia regula la materia”.

### **ACTUACION PROCESAL**

a) Suspensión provisional. Simultáneamente con la demanda, se presentó solicitud de suspensión provisional del acto acusado, medida cautelar a la que no se accedió por no encontrarse violación flagrante de las normas superiores señaladas como transgredidas;

b) Notificaciones y traslados. Se hicieron las de rigor al Ministerio Público y a la entidad demandada. Así mismo, se solicitaron al Ministerio de Justicia, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, los antecedentes administrativos que dieron origen a la resolución demandada;

## SECCION PRIMERA

c) Contestación de la demanda. El Director General del Inpec contestó la demanda en escrito presentado extemporáneamente;

d) Traslado a las partes. Mediante auto del 8 de septiembre de 1995, se corrió traslado a las partes y al Procurador Delegado ante esta corporación para la presentación de los alegatos de conclusión.

### ALEGATOS CONCLUSIVOS

El accionante no se hizo presente en este momento procesal. Sí lo hizo el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario quien, en su memorial, manifiesta que la Resolución 1157 de 1995 fue expedida con respeto absoluto de los postulados constitucionales y de las normas contenidas en tratados internacionales vigentes en Colombia. Los artículos de la resolución objeto de la demanda de nulidad, afirma, no son más que un desarrollo de las normas contenidas en los artículos 112, 125 y 126 de la Ley 65 de 1993.

Al hacer la defensa de las medidas tomadas en la resolución atacada, cita un reciente fallo proferido por la Corte Constitucional según el cual, resulta “impropio e insólito que al detenido se le conceda el mismo margen de libertad de la vida normal. Es una circunstancia no excepcional sino especial que amerita un trato igualmente especial...”.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada, al rendir su concepto sobre las pretensiones de la demanda, manifiesta que “el sobrepasar los límites trazados por la ley para las máximas sanciones aplicables a los reclusos, hace anulable al menos el artículo 7° del acto acusado”.

Argumenta la colaboradora del Ministerio Público que,

“...el acto impugnado dice fundamentarse en el artículo 168 de la Ley 65 del 19 de agosto de 1993, contentiva ésta del Código Penitenciario y Carcelario, así como en las Resoluciones 431 y 432 del 1° de febrero de 1995.

“Cabe destacar aquí que en los antecedentes procesales no aparecen las aludidas Resoluciones 431 y 432 y ni siquiera se enuncia en el texto del acto acusado la autoridad administrativa que las profirió.

“Entonces, con los datos del expediente y tal como está redactada la parte considerativa del acto acusado no se llega a conocer la causal que determinó la declaratoria de emergencia, si se trató de una perturbación del orden y la seguridad penitenciaria, o de una grave situación de orden sanitario.

“Tampoco se sabe de las razones que indujeron al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, para fijar tan largo período de emergencia”.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de entrar en los análisis concernientes a la violación de las normas constitucionales y legales que se indican en la demanda, por parte del acto administrativo traído a juicio, es necesario partir del principio según el cual, en las acciones de simple nulidad de actos de contenido general, deben estar vigentes ambos extremos, esto es, el ordenamiento que rige el acto y el acto mismo.

Según consta en el artículo noveno de la Resolución 1157 expedida el 6 de marzo de 1995, la vigencia de dicho acto está determinada así:

“Vigencia. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y se aplicará, sin perjuicio del régimen vigente para los pabellones de máxima seguridad, durante el estado de emergencia declarado mediante la Resolución número 432 del 1° de febrero de 1995”.

Por su parte, la Resolución número 432 del 1° de febrero de 1995, según lo dice el primero de los considerandos de la resolución demandada, declara “el Estado de Emergencia Penitenciaria y Carcelaria, por el término de 180 días en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del orden nacional”.

Significa lo anterior que el acto cuya nulidad se solicita no está vigente y, por tanto podría presentarse en este proceso, al momento de fallar, el fenómeno de la sustracción de materia pues carecería de sentido un pronunciamiento jurisdiccional sobre la anulación de los mismos, según tesis que de antiguo fue aplicada por esta Corporación ya que se consideraba que,

“El Contencioso de Plena Jurisdicción tiene por finalidad esencial la de obtener el restablecimiento del derecho lesionado. Resulta entonces evidente que si la finalidad buscada con la demanda ha sido satisfecha por la entidad obligada, el juicio pierde todo interés y la sentencia que le ponga fin ya no se justifica”. (Expediente 0873. Actor: José M. Uparela Uparela. Magistrado Ponente: Dr. Samuel Buitrago Hurtado, sentencia del 2 de febrero de 1981, Anales, Primer Semestre, 1981).

No obstante lo anterior, la posición de la Corporación ha variado en el sentido de que,

“Basta que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso de tiempo para que la jurisdicción de lo contencioso administrativo deba pronunciarse ante una demanda de nulidad que se presenta contra ella, pues en ese lapso de tiempo pueden haberse efectuado (sic) situaciones jurídicas particulares o puede haber efectos de la misma que ameriten reparación del daño y restauración del derecho que eventualmente se haya ocasionado” (Sentencia de agosto 17 de 1984, Sección Cuarta, expediente 9524).

## SECCION PRIMERA

Ya en sentencia del 14 de enero de 1991, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; después de hacer valiosas consideraciones al respecto, definió la situación en el sentido de que,

“es necesario que esta Corporación se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de los actos administrativos de contenido general que se impugnan en ejercicio de la acción de nulidad, pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violatoria, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras el pronunciamiento no se produzca, tal norma, aun así derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia”.

Así pues, estima la Sala que en el presente caso, como se consideró en la sentencia citada, no es posible confundir la vigencia de una disposición con la legalidad de la misma, “como ocurriría si se mantiene la posición que sostiene que sería inoperante y superfluo pronunciarse en los eventos en que la misma administración ha revocado su acto, así éste sea de carácter general e impersonal”.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que la Sala ya había hecho en el momento de estudiar la suspensión provisional que había sido solicitada, algunas consideraciones sobre los artículos 2º y 7º del acto demandado, únicas normas a las cuales alude el actor al explicar el concepto de la violación, es de anotarse que dichos criterios siguen siendo válidos toda vez que, no sólo se demuestra en ellos la falta de solidez de los cargos que se le hacen en la demanda, sino que no fueron rebatidos por el accionante quien, por demás, no volvió a hacer comparecencia en el proceso.

Se acusa el artículo 2º de la Resolución 1157, en cuanto “en los días de visita de familiares y amigos sólo se permitirá el ingreso de 2 personas por cada interno” y “con respecto a la visita de abogados su duración se limitará a una hora y en lo posible se hará a través de cubículos”.

Y, se impugna el artículo 7º, en la medida en que “señala que el director del establecimiento de reclusión, para mantener la seguridad interna podrá ordenar el aislamiento hasta por el término de duración de la emergencia penitenciaria y carcelaria, con derecho a una hora diaria de sol”.

Consultando el texto de la demanda, observa la Sala que el actor, al formular el cargo contra el artículo 2º de la Resolución 1157 considera abiertamente vulnerado “el derecho fundamental que tienen los niños, hijos de quienes se encuentran privados de la libertad, a tener una familia, principio consagrado en el artículo 44 de la Constitución Nacional”.

También, dentro de la censura contra el mismo artículo 2º, y en lo que respecta a la visita de los abogados, estima que su restricción a una hora, viola el derecho de

defensa y el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, “toda vez que para exista un proceso propio de un Estado de Derecho es esencial que el inculpado pueda tomar posición frente a los cargos formulados en su contra con miras a garantizar que la defensa judicial sea efectiva”.

El artículo 44 de la Carta Política reza:

“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

“La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.

El artículo 29 de la Carta Magna dice:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

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

“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

La Sala no observa la violación de los ordenamientos constitucionales pretranscritos, por parte del artículo 2º del acto enjuiciado, en virtud de las siguientes apreciaciones:

## SECCION PRIMERA

No se puede afirmar con propiedad que con la medida de permitir, en los días de visitas de familiares y amigos, sólo el ingreso de 2 personas por cada interno, se esté violando en forma abierta y directa el derecho del niño a tener una familia, por cuanto no se está prohibiendo o eliminando la visita ni la comunicación de los hijos respecto del padre interno, sino restringiéndola en la medida en que el señor Director del Inpec, previamente autorizado por las normas legales, lo considera conveniente para el cumplimiento del Plan de Emergencia Penitenciario y Carcelario.

No aparece claro que con la restricción del número de los visitantes al recluso se afecte en sus hijos los derechos que éstos tienen a la vida, la integridad física, la alimentación, el cuidado, el amor, la educación, etc., no solamente por la falta de relación entre la medida acusada y los derechos consagrados en favor de los niños en la norma citada como infringida, sino también por la imposibilidad física del padre interno para asistir y proteger a sus hijos y garantizarles el desarrollo armónico e integral de sus derechos.

Tampoco observa la Sala que al restringirse a una hora la visita del abogado, se desconozca el derecho de defensa del interno, porque no se prohíbe, ni se elimina la comunicación entre ellos, ni se le priva al sindicado del derecho a estar asistido por un abogado, ni del tiempo ni de los medios adecuados para la preparación y orientación de la defensa.

Lo anterior sin perjuicio de que el tiempo contemplado en la disposición censurada pueda resultar suficiente para los efectos pretendidos en el artículo 29 de la Carta Política.

Respecto del artículo 7° de la Resolución 1157 se dice en el libelo demandatorio que al facultarse al Director del establecimiento de reclusión, para ordenar el aislamiento hasta por el término de duración de la emergencia penitenciaria y carcelaria, con derecho a una hora diaria de sol, se violan los artículos 12 de la Constitución Nacional y 5° de la Ley 65 de 1993, que dicen respectivamente:

Artículo 12 de la C. N.:

“Nadie será sometido a desaparición forzada, a torturas ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

Artículo 5° de la Ley 65 de 1993:

“En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”.

La norma constitucional que se acaba de transcribir prohíbe terminantemente las torturas y los tratos crueles e inhumanos a toda persona incluyendo, desde luego dentro de tal concepto, a quienes están privados de la libertad.

Y, el artículo 5° de la Ley 65 de 1993 prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral y prescribe, en los establecimientos de reclusión, la prevalencia del respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos.

Para resolver en este aspecto el caso concreto, no es necesario determinar mediante reflexiones de carácter fisiológico ni psicológico si la medida acusada constituye una tortura o un irrespeto a la dignidad humana o alguna forma de violencia síquica, física o moral. Por el contrario, fácilmente se deduce que tal prescripción es consecuente con los motivos y fines del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria señalados en el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, que en lo pertinente dice:

“Artículo 168. Estados de emergencia penitenciaria y carcelaria. El Director General del Inpec, previo el concepto favorable del Ministro de Justicia y de Derecho, podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, en todos los centros de reclusión nacional, en algunos o alguno de ellos, en los siguientes casos:

“a) Cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria;

b) Cuando sobrevengan graves situaciones de orden sanitario que expongan al contagio al personal del centro de reclusión o que sus condiciones higiénicas no permitan la conveniencia en el lugar, o cuando acaezcan o se advierten grandes indicios de calamidad pública”.

Tampoco observa la sala la violación del artículo 123 de la Ley 65 de 1993 por parte del artículo 7° del acto acusado; pues si bien es cierto que aquélla, en el artículo citado como violado, al establecer de manera general las sanciones para las faltas graves, señala la del aislamiento en celda hasta por sesenta días con derecho a dos horas de sol diarias, no lo es menos que la misma ley en su artículo 168, inciso tercero, en los estados de emergencia penitenciaria y carcelaria, autoriza al Director General del Inpec para tomar las medidas necesarias, entre otras, el aislamiento, para superar hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria.

Ahora, como una circunstancia que hace menos posible la declaratoria de nulidad de las dos normas acusadas, debe tenerse en cuenta que, como ya se expresó, el acto que ahora se impugna se dictó como una medida especial del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, durante el cual, de conformidad con lo dispuesto en el ya citado artículo 168 de la Ley 65 de 1993, el Director General del Inpec, puede adoptar todas las medidas necesarias con el fin de superar la situación que dio lugar a él.

En relación con los artículos 2° y 5° de la Carta Política, citados también como violados por parte del acto cuya nulidad se solicita, hecha la correspondiente compa-

## SECCION PRIMERA

ración de ellos, observa la Sala que no se da tal violación, pues si bien es cierto que en el artículo 2° del ordenamiento constitucional se consagra como uno de los fines del Estado "...garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución..." y uno de los objetivos de las autoridades proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus derechos y libertades; y en el artículo 5° se establece la primacía de los derechos inalienables de la persona, no aparece que tales derechos y libertades estén siendo desconocidos palmariamente con la restricción del número de visitantes al interno y del tiempo de visita del abogado, ni con la imposición de la sanción de que tratan los actos impugnados, dictados, como ya se dijo dentro de un estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, autorizado y reglamentado por la ley.

Finalmente, y en lo que dice relación con el artículo 20 de la Constitución Política, de la comparación que de él se hace con los actos demandados se observa que no existe entre ellos relación alguna, si se tiene en cuenta que mientras aquel trata de la garantía de la libertad de expresión, de pensamiento, de informar y ser informado y de fundar medios masivos de comunicación, éstos se refieren a medidas relacionadas con otros derechos.

Por otra parte, ninguna explicación aporta el accionante respecto a la violación que apenas enuncia.

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:

DENIEGANSE las súplicas de la demanda.

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1° de febrero de 1996.

*Rodrigo Ramírez González, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial de la Sentencia del 2 de febrero de 1981, Magistrado Ponente: Doctor Samuel Buitrago.

## **JURISDICCION ROGADA / DEMANDA - Fundamento de Derecho / CONCEPTO DE LA VIOLACION**

Conviene precisar que siendo la justicia contencioso-administrativa de carácter rogado, se impone, como lo ordena el artículo 137 numeral 4 del C.C.A., que el demandante no sólo señale la norma que estima infringida con el acto impugnado, sino que explique el alcance y el sentido de la infracción, o sea, el concepto de la violación, así sea en forma breve.

## **DECRETO REGLAMENTARIO / ACCION DE TUTELA - Normatividad / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Funciones / POTESTAD REGLAMENTARIA - Ejercicio / FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Inexistencia**

El Decreto 306 de 1992 demandado no fue producto del ejercicio de facultades extraordinarias, bien se lee en su epígrafe, sino sencilla y llanamente la expresión de la facultad reglamentaria de que se encuentra investido el Presidente de la República según el artículo 189-11 de la Carta Política, con la finalidad de lograr la cumplida ejecución del Decreto 2591 de 1991, que tiene fuerza de ley en virtud de lo dispuesto por el artículo transitorio 10. del ordenamiento constitucional, y sin que dicha facultad esté sometida a un límite temporal diferente de la vigencia de la ley o decreto que son objeto de reglamentación.

## **ACCION DE TUTELA - Normatividad / ORDEN JUDICIAL / DESACATO SANCION / COMPETENCIA PREVALENTE**

El hecho de que la norma reglamentaria disponga que "...cuando de acuerdo con la constitución o la ley el funcionario que haya incumplido una orden proferida por el juez sólo pueda ser sancionado por determinada autoridad pública, el juez remitirá a dicha autoridad copia de lo actuado para que éste adopte la decisión que corresponda", en ningún momento implica la no imposición de sanciones a los funcionarios a que se refiere la indicada disposición, sin que las mismas se apliquen de acuerdo con lo normado por el artículo 52 del Decreto-ley 2591 de 1991 por quienes en virtud de disposiciones especiales tengan radicada la competencia sancionatoria, competencia ésta que prevalece sobre la general que se consagra en el citado artículo 52.

## SECCION PRIMERA

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número 3344

Actor: Jaime Enrique Lozano

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 Jaime Enrique Lozano en ejercicio de la acción pública, consagrada en el artículo 237-2 de la Constitución Política con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 306 de 19 de febrero de 1992, “por el cual se reglamenta el Decreto 2591”, expedido por el señor Presidente de la República con la firma de los Ministros de Gobierno y Justicia (hoy del Interior y de Justicia y del Derecho).

### I. ANTECEDENTES

#### a) El acto acusado

El Decreto 306 de 1992 fue expedido por el señor Presidente de la República “en ejercicio de sus facultades constitucionales y, en especial de la prevista por el artículo 189, numeral 11 de la Constitución Política”, con la finalidad de reglamentar el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

#### b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del decreto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, expresadas en la demanda, se resumen a continuación en la medida a que ello sea posible dada la confusa redacción en su presentación.

*Primer cargo.* Violación de los artículos transitorios 5° literal b) y 6° de la Carta Política, toda vez que el decreto acusado, con fuerza de ley, se expidió por fuera del marco temporal de las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República por dichas normas, y cuando tales facultades ya se habían agotado con la expedición del Decreto 2591 de 10 de diciembre de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

*Segundo cargo.* Los artículos 1° a 4° del decreto acusado incurren en violación de los artículos 12, 228 y 230 de la Carta Política al reglamentar aspectos relativos a los casos que no conllevan un perjuicio irremediable, a los derechos que protege la acción de tutela, a los casos en que no existe amenaza de un derecho fundamental y a los principios aplicables para interpretar el procedimiento previsto por el Decreto

2591 de 1991, por cuanto "...vulneran la necesaria independencia de la Rama Judicial al proferir sus decisiones, colocándole una especie de 'camisa de fuerza' legal inadmisibles en un Estado Social de Derecho...".

*Tercer cargo.* El establecer el artículo 8° del acto acusado "...un 'reparto' de las acciones de tutela cuando quiera que existan dos o más jueces o tribunales, lesiona la espina dorsal de esta Acción Pública Constitucional, en cuanto que fija un trámite que necesariamente, en la praxis, va a demorar la urgente definición de un derecho constitucional fundamental amenazado o vulnerado, haciendo nugatorio acudir a esta especialísima acción protectora y garantista para cuidar un perjuicio irremediable".

*Cuarto cargo.* El artículo 9° del acto acusado, "...al hacer que persista una ostensible discriminación entre personas que pueden ser sancionadas por desacato por el Juez Constitucional de Tutela y otras que no, se lesiona gravemente el derecho fundamental a la igualdad previsto en el artículo 13 de la Carta Fundamental. Parécenos que el Gobierno confunde aquí los tipos de sanciones que contemplaba el Decreto 2591: Uno inmediato de carácter disciplinario-administrativo en cabeza del funcionario judicial que decide la Acción de Tutela y que busca garantizar un medio coercitivo INMEDIATO Y, POR ENDE, EFICAZ, para hacer cumplir la sentencia del Juez Constitucional la que de no contar con una sanción o medio sancionatorio así concebido, quedaría en el papel, más aún conociendo la mentalidad de los colombianos, y especialmente de los agentes estatales; el otro mediato, de carácter penal ...".

La Sala hace notar que el demandante cita también como violados los artículos 2°, 4°, 84, 86, 113, 114, 121, 150 numerales 1, 2 y 10, 152 literal b) y 189-11 de la Constitución Política, y describe su contenido, pero no explica el concepto de su violación por parte del acto acusado.

### c) Las razones de la defensa

En la contestación de la demanda, el apoderado de la Nación - Ministerio de Gobierno (hoy del Interior) manifiesta su imposibilidad de rebatir las acusaciones de violación de los artículos 2°, 4°, 84, 86, 113, 114, 121, 150 numerales 1, 2 y 10 y 189-11 de la Carta Política, debido a que el actor no expone el concepto de su violación. Para oponerse a la prosperidad de las pretensiones de la demanda aduce, en síntesis, que el argumento según el cual el Presidente de la República rebasó las facultades extraordinarias atribuidas por las normas constitucionales transitorias en materia de tutela quedan sin piso jurídico alguno, pues el decreto acusado no se expidió con base en dichas facultades sino de acuerdo con lo ordenado en el artículo 189-11 de la Carta Política, y no hace cosa distinta de lograr la cumplida ejecución del decreto con fuerza de ley reglamentado. Añade que "en cuanto al contenido del Decreto 306, si bien se alega su posible inconstitucionalidad, el actor no expresa de manera clara y precisa el concepto de la violación a normas de rango superior" (fls. 46 a 51 y 92 a 94).

## SECCION PRIMERA

### d) Los fundamentos de la impugnación

Al proceso compareció en calidad de impugnante la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público por conducto de apoderado, y en el escrito de contestación de la demanda manifiesta, en síntesis, que contrario a lo expresado por el actor, el decreto acusado no es producto del ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República en los artículos transitorios 5° y 6° de la Carta Política, sino con fundamentos en la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189-11 *ibidem* para lograr la cumplida ejecución del Decreto 2591, que tiene fuerza de ley (fls. 57 a 68).

### e) La actuación surtida

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

Por auto de 28 de julio de 1995 se admitió la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 24 a 30).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, el apoderado de la Nación- Ministerio del Interior y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 92 a 94 y 95 a 98, respectivamente.

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene, el señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación considera que no deben prosperar las súplicas de la demanda, no sólo por cuanto "... contiene un galimatías ininteligible en algunos apartes ...", sino debido a que el actor se limita a indicar como violados una serie de artículos de la Constitución, sin expresar adecuadamente en qué consiste o se basa su desconocimiento.

## III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Antes de abordar el examen de los cargos, conviene precisar que siendo la justicia contenciosa administrativa de carácter rogado, se impone, como lo ordena el artículo 137 numeral 4 del C.C.A., que el demandante no sólo señale la norma que estima infringida con el acto impugnado, sino que explique el alcance y el sentido de la infracción, o sea, el concepto de la violación, así sea en forma breve.

A este respecto ha dicho esta Corporación: "Esta exigencia de cita de las disposiciones violadas y del concepto de la violación fuera de ser legal ha sido objeto de delimitación por parte del Consejo de Estado, organismo que en forma reiterada ha sostenido que en el proceso contencioso administrativo no se da un control general de legalidad y que el juzgador no tendrá que analizar sino los motivos de violación alega-

dos por el actor y las normas que este mismo estime como vulneradas” (sentencia de 26 de marzo de 1982, Consejero Ponente: doctor Enrique Low Murtra, Radicación No. 7028).

En consecuencia, sólo respecto de las normas que el actor ha estimado como quebrantadas y frente a las cuales ha satisfecho el requisito de explicar el concepto de la violación por parte del acto acusado, se hará el análisis respectivo.

En relación con el primer cargo, en el cual se discute el quebrantamiento de los artículos transitorios 5º. literal b) y 6º. de la Constitución Política, debido a que el acto acusado se expidió por fuera del marco temporal de las facultades extraordinarias contenidas por las indicadas normas y cuando tales facultades ya se habían agotado con la expedición del Decreto 2591 de 1991, la Sala estima que adolece de toda vocación de prosperidad, toda vez que el Decreto 306 de 1992 no fue el producto del ejercicio de dichas facultades, como bien se lee en su epígrafe, sino sencilla y llanamente la expresión de la facultad reglamentaria de que se encuentra investido el Presidente de la República según el artículo 189-11 de la Carta Política, con la finalidad de lograr la cumplida ejecución del Decreto 2591 de 1991, que tiene fuerza de ley en virtud de lo dispuesto por el artículo transitorio 10. del ordenamiento constitucional, y sin que dicha facultad esté sometida a un límite temporal diferente de la vigencia de la ley o decreto que son objeto de reglamentación.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En relación con el segundo cargo, en el cual se alega que los artículos 1º a 4º del decreto acusado incurren en violación de los artículos 12, 228 y 230 de la Carta Política en cuanto reglamentan aspectos que “... vulneran la necesaria independencia de la Rama Judicial al proferir sus decisiones, colocándole una especie de ‘camisa de fuerza’ legal ...”, la Sala hace notar al actor, en primer término, que el citado artículo 12 no guarda en absoluto relación con el asunto controvertido, pues en el mismo se consagra el derecho fundamental a la integridad personal.

En segundo lugar, la Sala considera que no está llamado a prosperar el cargo de violación de los artículos 228 y 230 de la Carta, debido a que el actor no explica en qué medida los artículos 1º a 4º del decreto acusado vulneran la independencia de la rama judicial al proferir sus decisiones y, en razón del carácter rogado de esta jurisdicción, el cual implica que no corresponde al juez administrativo suplir la inercia de las partes en el proceso.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el tercer cargo, consistente en que el artículo 8º del decreto acusado “... lesiona la espina dorsal ...” de la acción de tutela al someter a reparto las acciones que se intenten en las localidades donde funcionen varios despachos judiciales de la misma jerarquía y especialidad de aquél ante el cual se ejerció la acción, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues se fundamenta en

## SECCION PRIMERA

simples especulaciones subjetivas del actor, respecto de las cuales no aporta ningún elemento de juicio que pudiera llevar a la inexplicable conclusión de que con el citado reparto se haga nugatorio el ejercicio de esta acción.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea la violación del derecho a la igualdad consagrada en el artículo 13 de la Carta Política debido a que el artículo 9° del decreto acusado establece "... una ostensible discriminación entre personas que pueden ser sancionadas por desacato por el Juez Constitucional de Tutela y otras que no", la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues el hecho de que la norma reglamentaria disponga que "... cuando de acuerdo con la Constitución o con la Ley el funcionario que haya incumplido una orden proferida por el juez sólo pueda ser sancionado por determinada autoridad pública, el juez remitirá a dicha autoridad copia de lo actuado para que éste adopte la decisión que corresponda", en ningún momento implica la no imposición de sanciones a los funcionarios a que se refiere la indicada disposición, sino que las mismas se apliquen de acuerdo con lo normado por el artículo 52 del Decreto- ley 2591 de 1991 por quienes en virtud de disposiciones especiales tengan radicada la competencia sancionatoria, competencia esta que prevalece sobre la general que se consagra en el citado artículo 52.

Por consiguiente, el cargo no prospera.

En las anotadas circunstancias, al no prosperar ninguna de las acusaciones formuladas en contra del acto acusado, ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

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. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Segundo. 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 primero de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

## **BIENES DE ESTADO - Clasificación**

De conformidad con el artículo 674 del Código Civil, los bienes del Estado son de dos clases: los bienes de uso público, cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, y los bienes fiscales, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

## **EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO / BIEN FISCAL - Exclusión / BIENES DE PARTICULARES / POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación**

El legislador no efectuó ningún tipo de distinción respecto de si el proceso de extinción del derecho de dominio procede solamente frente a los bienes pertenecientes a los particulares o si también frente a los bienes fiscales, lo cual lleva a concluir que en efecto el Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria a él asignada en el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política, al excluir de dicho proceso a los bienes fiscales.

## **BIEN FISCAL - Función social / BIEN DE USO PUBLICO - Función social**

Los bienes que sí llevan implícita y que efectivamente sin lugar a dudas cumplen una función social son los bienes de uso público, no pudiéndose decir lo mismo de los bienes fiscales, pues no siempre cumplen con dicha función social y de ahí seguramente que la ley reglamentada no haya efectuado ninguna distinción respecto de éstos.

## **EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO / BIEN FISCAL - Asignación función social**

Los bienes fiscales se asimilan a los de los particulares, es obligación de las entidades de derecho público que los administran asignarles la función social que la Constitución atribuye a la propiedad, razón por la cual, en caso de no cumplir los mismos con dicha función, debe procederse a la extinción del derecho de dominio, máxime cuando la Ley 9ª de 1989, reglamentada por el decreto demandado, no los excluye de dicha medida.

## SECCION PRIMERA

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*

Referencia: Expediente número 3359, decretos del Gobierno.

Actor: Hugo Escobar Sierra.

### I. ANTECEDENTES

El ciudadano Hugo Escobar Sierra 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 Reglamentario número 633 de 17 de abril de 1995 "por el cual se reglamenta la Ley 9ª de 1989", expedido por el Gobierno Nacional.

Cita el actor como infringidos por el acto acusado, los artículos 2º, 6º, 63, 113, 123 inciso 2º, 150 numeral 1º, 151, 188, 189 numeral 11, 209 y 342 de la Carta Política; 80 literales a) y b), 81, 82 y 87 de la Ley 9ª de 1989; y 2º y 3º del C.C.A.

Hace consistir el concepto de la violación en lo siguiente:

1º. El acto administrativo acusado fue expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la potestad reglamentaria que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política le confiere al Presidente de la República para expedir decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes.

Dicha potestad reglamentaria fue ejercida indebidamente, de manera irregular y en forma arbitraria en el caso de autos, porque la norma acusada tiene un carácter sustantivo que excede y modifica los artículos 80 y 87 de la Ley 9ª de 1989, ya que el decreto acusado limitó o restringió los inmuebles objeto de la reforma urbana, al excluir los que pertenezcan a las entidades de derecho público, cuando la Ley 9ª sólo había excluido de los procesos de extinción del dominio a aquellos inmuebles ubicados en zonas donde hayan ocurrido desastres naturales. Se violó así, de manera ostensible y manifiesta el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

2º. De igual modo, la norma acusada viola lo dispuesto en los artículos 80 literales a) y b), 81, 82 y siguientes de la Ley 9ª de 1989.

3º. El artículo 1º del Decreto 633 de 1995 viola también el artículo 150 de la Carta Política, por ser aquél una norma general con efectos *erga omnes*, de carácter sustantivo, que sólo el Congreso puede dictar. Consecuentemente, el Gobierno Nacional al expedir el acto acusado asumió con nítida desviación de poder, funciones legislativas.

4º. La Ley 9ª de 1989 es una ley orgánica que regula la planificación del desarrollo municipal y estipula y estimula los planes de desarrollo a nivel distrital, departamen-

tal y municipal. Dicha ley sólo puede ser expedida o modificada por el Congreso, según lo dispuesto en los artículos 151 y 342 de la Constitución Política, razón por la cual éstos fueron vulnerados.

5°. Como quiera que el artículo 63 del ordenamiento constitucional establece que son inalienables, imprescriptibles e inembargables los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las de resguardo, el patrimonio arqueológico y los demás bienes que determine la ley, el acto demandado al expresar que los procesos de extinción del derecho de dominio no proceden respecto de bienes de propiedad de las entidades de derecho público, los cuales son bienes fiscales, violó dicho precepto, pues dichas entidades ejercen dominio sobre los bienes fiscales con los mismos derechos, prerrogativas y obligaciones del derecho de dominio de los particulares y, en consecuencia, son enajenables, embargables y objeto de juicios de pertenencia en los casos permitidos por la Constitución y la ley para obtener dichos bienes por prescripción, amén de que los artículos 35 y 36 de la Ley 9ª de 1989 autorizan a las entidades públicas expresamente para enajenarlos y obviamente pueden ser objeto de extinción del dominio al tenor de lo dispuesto en los literales a) y b) del artículo 80 *ibidem*.

6°. La Rama Ejecutiva del Poder Público incurrió en desviación de poder al expedir el Decreto 633 de 1995, violando además los artículos 2°, 6°, 113, 123 inciso 2°, 189 y 209 de la Constitución Política y 2° y 3° del C.C.A., en cuanto determinan claramente los fines específicos de los actos de la Administración que profieren los servidores públicos y el Presidente de la República, quien ejerció indebida e irregularmente la potestad reglamentaria que no lo faculta para asumir atribuciones propias del Congreso.

## II. ACTUACION

Mediante proveído del 23 de junio de 1995 se admitió la demanda radicada bajo el número 3359 y se decretó la suspensión provisional de los efectos de la expresión "... o de propiedad de las entidades de derecho público", contenida en el artículo 1° del Decreto 633 de 1995.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación –Ministerios de Gobierno, de Hacienda y Crédito Público y de Desarrollo Económico–.

El apoderado de la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público– al contestar la demanda (fls. 52 a 59) manifiesta que no es cierto que el decreto demandado haya excedido la potestad reglamentaria, pues dicho cargo se construye sobre la base de la violación de uno de los principios fundamentales del Estado de derecho, esto es, el de legalidad de la función administrativa, según el cual, la autoridad administrativa puede hacer aquello para lo cual está previamente investida. Agrega que el principio de legalidad de la función pública se encuentra contenido, entre otros, en los artículos 6°, 122 y 124 de la Constitución Política.

## SECCION PRIMERA

Frente a la violación del artículo 87 de la Ley 9ª de 1989 debe decirse que "... si la ley hubiera facultado a las entidades a las que se refiere la Ley 9ª de 1989 para proceder a la extinción del derecho de dominio respecto de los bienes de las entidades de derecho público, podría decirse que las excepciones a tal mandato deberían obedecer las reglas de la interpretación restrictiva, lo que no es predicable en el presente caso, puesto que la regla general, extinción del derecho de dominio respecto de bienes de entidades de derecho público, de la cual se predica la excepción, no existe".

De otra parte, como la Ley 9ª de 1989 no faculta a las autoridades locales para iniciar el proceso de extinción del derecho de dominio de los bienes de las entidades de derecho público, mal puede el Decreto 633 de 1995, que prescribe que tal proceso no procede respecto de tales bienes, violar dicha ley.

El actor no cita el artículo 709 de la Ley 9ª de 1989 del cual se desprende la facultad de las autoridades municipales y distritales para iniciar el proceso de extinción del derecho de dominio respecto de los inmuebles de los particulares, como consecuencia de lo prescrito en el artículo 58 de la Carta Política.

De ninguna disposición constitucional se deduce la competencia de las autoridades locales para declarar la extinción del derecho de dominio de los bienes de las entidades públicas.

No es cierto que la Ley 9ª de 1989 sea una ley orgánica, pues la definición de las leyes especiales en la Constitución Política, dentro de las cuales se encuentran las orgánicas, es taxativa.

Aunque el decreto acusado desapareciera del orden jurídico, las autoridades municipales y distritales no podrían declarar la extinción del derecho de dominio de los bienes de las entidades de derecho público de cualquier orden, pues para ello deben contar con competencia legal o constitucional, de la cual carecen.

La Nación –Ministerio de Gobierno–, a través de apoderado, al contestar la demanda (fls. 65 a 73) expresa que el artículo 58 de la Constitución Política garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes y establece que la propiedad es una función social que implica obligaciones.

Los bienes de propiedad de las entidades de derecho público (bienes fiscales), también tienen derecho a que se les proteja su propiedad. Dichos bienes fiscales son del Estado quien los tiene por intermedio de sus entes territoriales con tratamiento semejante al de la propiedad privada y su uso no pertenece generalmente a todos los habitantes (art. 674, inc. 3 del C.C.).

Estos bienes tienen como característica que son enajenables, imprescriptibles y embargables y se rigen, por norma general, por la legislación común.

La condición de imprescriptibilidad está contenida en el numeral 4º del artículo 407 del C. de P. C., que consagra que la declaración de pertenencia no procede

respecto de los bienes imprescriptibles y de propiedad de las entidades de derecho público.

A su turno, el artículo 63 de la Carta Política prescribe que entre otros, los bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

No es dable pensar que el espíritu de la Ley 9ª de 1989 haya sido que un ente territorial mediante la acción de extinción del dominio despoje a otro ente territorial o entidad de derecho público de la propiedad de un bien fiscal, por cuanto la finalidad de este último es la prestación de un servicio público, independientemente de quien tenga la posesión o propiedad.

Como la acción de extinción de dominio está dirigida contra aquellos propietarios que no le han dado a sus bienes las función social que establece la Constitución Política, se entraría en contradicción con este principio al pensar que los bienes de las entidades públicas no prestan dicha función social.

El Gobierno nacional en el decreto acusado se limitó a reglamentar el alcance del artículo 80 de la Ley 9ª de 1989, no agregando, ni suprimiendo, ni extralimitándose en sus funciones, sino declarando que los bienes de las entidades públicas también son imprescriptibles y que por lo tanto no pueden ser objeto de acción de extinción del dominio.

El ciudadano Alejandro Vélez Múnera a título de impugnante de la demanda, expone los siguientes argumentos en defensa del decreto acusado (fls. 74 a 80):

a) Frente a la violación del artículo 63 de la Carta Política manifiesta que comparte la apreciación de la Sala contenida en el auto que decretó la suspensión provisional de la norma acusada, en cuanto sostuvo que el acto acusado guarda cierta conformidad con la norma demandada por lo menos en cuanto se refiere a la imprescriptibilidad de los bienes de uso público.

Los bienes de dominio público pertenecen al Estado y por tanto a la Hacienda Pública. La protección que predica la Sala exclusivamente respecto de los bienes de uso público, comprende no solamente éstos sino los bienes fiscales, ya que la distinción entre unos y otros no se funda en que si conforman o no el dominio público del Estado, sino en cuanto a su destinación y régimen;

b) Las usurpaciones en materia de los bienes fiscales o de entidades de derecho público no proceden; el vehículo procesal a seguir, exclusivo y excluyente, es el proceso de declaración de pertenencia, vedado legalmente frente a tales bienes;

c) El artículo 151 de la Constitución Política no puede entenderse violado por el decreto demandado, toda vez que este último no guarda relación ni próxima ni lejana con materias tales como reglamentos del Congreso, normas de carácter presupuestal, ley de apropiaciones, plan general de desarrollo o normatividad de las entidades territoriales;

## SECCION PRIMERA

d) Frente a la violación del artículo 342 *ibidem* se tiene que la simple confrontación entre éste, el cual se refiere a la Ley Orgánica del Plan Nacional de Desarrollo, y el Decreto 633 de 1995, arroja la posibilidad jurídica de fundar un vínculo que permita a través de una regla de reconocimiento afirmar o infirmar su invalidez, por violar el reglamento de un artículo superior;

e) Finalmente, respecto de la violación del artículo 189 numeral 11, debe decirse que en estricto sentido la función social resulta predicable de modo exclusivo para la propiedad privada, de donde se concluye que al excluir los bienes de las entidades de derecho público del proceso de extinción de dominio a que se refiere la Ley 9ª de 1989, no se presenta el exceso, arbitrariedad e irregularidad que manifiesta el actor, pues no se desconoce la función social sino que dicho tratamiento corresponde al titular de su dominio, a su naturaleza de bienes del Estado y a su destino esencial de servicio público.

El interés individual del propietario debe ceder ante el interés social, cesión que no puede conllevar jamás a un conflicto de competencia entre entes públicos cuyo régimen es de derecho público y por tanto de interés público.

La Nación –Ministerio de Desarrollo Económico–, no contestó la demanda.

### III. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Habiéndose corrido el traslado de rigor a la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, la funcionaria guardó silencio.

#### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El texto del Decreto 633 de 1995 que aquí se demanda, es el siguiente:

“Artículo 1º. Los procesos de extinción del derecho de dominio a que hace referencia la Ley 9ª de 1989, no proceden respecto de bienes imprescriptibles o de propiedad de las entidades de Derecho Público.

“Artículo 2º. El presente decreto rige a partir de su publicación”.

El acto acusado reglamenta la Ley 9ª de 1989 “por la cual se dictan normas sobre Planes de Desarrollo Municipal, Compraventa y Expropiación de Bienes y se dictan otras disposiciones”.

Observa la Sala que, si bien es cierto que se está demandando la totalidad del Decreto 633 de 1991, cuyo texto como se ve por la transcripción que acaba de hacerse, consta de dos artículos, el ataque del accionante apunta única y exclusivamente al artículo 1º en la expresión “o de propiedad de las entidades de Derecho Público”. Con fundamento en dicho criterio se harán las consideraciones pertinentes.

El primer cargo lo hace consistir el demandante en la violación del artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, por cuanto la norma acusada tiene un carácter

sustantivo que excede y modifica los artículos 80 y 87 de la ley reglamentada, toda vez que excluyó de los procesos de extinción del derecho de dominio a los bienes de propiedad de las entidades de derechos público, cuando dicha ley sólo había excluido de tales procesos de extinción a los inmuebles ubicados en zonas donde hayan ocurrido desastres naturales.

Antes de proceder al análisis del cargo anterior, la Sala encuentra necesario precisar los siguientes aspectos:

De conformidad con el artículo 674 del Código Civil, los bienes del Estado son de dos clases: los bienes de uso público, cuyo uso pertenece a todos los habitantes de un territorio, y los bienes fiscales, cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes.

En sentencia de 14 de abril de 1943, la Corte Suprema de Justicia expresó:

“Los bienes del Estado son de uso público y fiscales. A estos últimos se les llama también patrimoniales. Una granja, por ejemplo, es un bien de esta clase. El Estado los posee y administra como un particular. Son fuente de ingresos, y como propiedad privada están sometidos al derecho común...”.

Para el caso de autos, son los bienes fiscales los que nos interesan, dado que aquí no se controvierte que los bienes de uso público, a diferencia de los fiscales, sí son efectivamente bienes imprescriptibles, inalienables e inembargables, de conformidad con el artículo 63 de la Constitución Política.

Efectuadas las anteriores precisiones, procede la Sala al estudio del artículo 80 de la Ley 9ª de 1989 que se considera violado, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo 80. A partir de la fecha de vigencia de esta ley, habrá lugar a la iniciación del proceso de extinción del derecho de dominio sobre los siguientes inmuebles que no cumplen con su función social:

“a) Los inmuebles urbanizables pero no urbanizados, declarados por el Concejo, la Junta Metropolitana o el Consejo Intendencial de San Andrés y Providencia, mediante Acuerdo, como de desarrollo prioritario en cumplimiento del Plan de Desarrollo, y que no se urbanicen dentro de los dos (2) años siguientes a dicha declaratoria.

“b) Los inmuebles urbanizados sin construir declarados por el Concejo, la Junta Metropolitana, o el Consejo Intendencial de San Andrés y Providencia, mediante Acuerdo como de construcción prioritaria en cumplimiento del Plan de Desarrollo, y que no se construyan dentro de los dos (2) años siguiente a dicha declaratoria”.

De la norma anterior se desprende que el legislador no efectuó ningún tipo de distinción respecto de si el proceso de extinción del derecho de dominio procede solamente frente a los bienes pertenecientes a los particulares o si también frente a los

## SECCION PRIMERA

bienes fiscales, lo cual lleva a concluir que en efecto el Gobierno nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria a él asignada en el artículo 189 numeral 11 de la Carta Política, al excluir de dicho proceso a los bienes fiscales.

Los argumentos de la defensa, en síntesis, se circunscriben a afirmar que respecto de los bienes fiscales no puede predicarse la extinción del derecho de dominio, por cuanto llevan implícita una función social, razón por la cual, al proceder la acción de extinción respecto de los bienes que no cumplen con la función social que les asigna la Constitución Política, es lógico deducir que la misma no procede contra dichos bienes fiscales.

La anterior aseveración no es cierta, dado que los bienes que sí llevan implícita y que efectivamente sin lugar a dudas cumplen una función social son los bienes de uso público, no pudiéndose decir lo mismo de los bienes fiscales, pues no siempre cumplen con dicha función social y de ahí seguramente que la ley reglamentada no haya efectuado ninguna distinción respecto de éstos.

Es tan cierto que los bienes fiscales no siempre cumplen con la función social inherente a la propiedad, que la Sección Tercera de esta Corporación ha encontrado ajustados a derecho los actos administrativos que declaran la extinción del dominio de bienes de propiedad de las entidades públicas en favor de otra entidad pública, cuando aquéllas incumplen con la obligación de imprimirle una función social al predio de su propiedad.

En efecto, en sentencia de 11 de agosto de 1988, siendo consejero ponente el doctor *Julio César Uribe Acosta* (Expediente número 3466), la Sección Tercera hace suyas las consideraciones que habían sido expuestas en sentencia de 15 de marzo de 1985, con ponencia del doctor *Carlos Betancur Jaramillo* (Expediente número 3469):

“El carácter de bien patrimonial que ostenta el inmueble ‘San José – Los Alpes – El Batán’ es inequívoco y lo es porque los bienes que poseen las entidades públicas en las mismas condiciones que los particulares y los adquieren como éstos por los distintos modos de adquisición son bienes fiscales por oposición a los de uso público que son aquéllos que pertenecen, como su nombre lo indica, al uso de todos los habitantes del territorio sobre los cuales se predica el dominio eminente del Estado, como las calles, plazas, caminos, etc.

“El carácter del bien fiscal del inmueble aquí cuestionado le imponía al Instituto las obligaciones inherentes a su explotación, al cumplimiento de la propiedad social impuesta por la Carta Constitucional (art. 30). En esto no existen excepciones...”

Con lo transcrito, quiere esta Corporación significar que, dado que (los bienes fiscales se asimilan a los de los particulares, es obligación de las entidades de derecho público que los administran asignarles la función social que la Constitución atribuye a

la propiedad, razón por la cual, en caso de no cumplir los mismos con dicha función, debe procederse a la extinción del derecho de dominio, máxime cuando la Ley 9ª de 1989, reglamentada por el decreto demandado, no los excluye de dicha medida.

Finalmente, la Sala reitera lo expuesto en el auto que decretó la suspensión provisional del aparte "... o de propiedad de las entidades de derecho público", contenido en el artículo 1º del Decreto 633 de 1995.

"Realizada la comparación entre las normas contempladas en los literales a) y b) del artículo 80 de la Ley 09 de 1989 y la acusada, advierte la Sala una evidente contradicción en ellas, por las siguientes razones:

"La ley atendiendo a la función social que debe desempeñar la propiedad y sin referirse específicamente a propietario alguno, considera procedente el proceso de extinción del derecho de dominio sobre los inmuebles urbanizables pero no urbanizados y sobre los inmuebles sin construir, mientras que la norma reglamentaria excluye de tal proceso con base en un aspecto extraño a la ley, el de la calidad de propietario, los bienes de propiedad de las entidades de derecho público, entre los cuales se encuentran los fiscales que a diferencia de los bienes de uso público no son imprescriptibles...".

Las razones expuestas llevan a la prosperidad del cargo, pues ha sido pronunciamiento reiterado de esta Corporación que la violación de una norma reglamentada se dará en la medida en que la norma reglamentaria, dictada en ejercicio de dicha potestad, rebase el marco de las normas contenidas en aquélla, no quedando duda en el caso *sub lite* de que el Gobierno Nacional, a través del acto demandado, se excedió en el ejercicio de la facultad comentada.

Por encontrar probado el cargo referente al exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la Sala se releva del estudio de los demás cargos.

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

#### **FALLA:**

DECLARASE la nulidad de la expresión "... o de propiedad de las entidades de derecho público", contenida en el artículo 1º del Decreto 633 de 17 de abril de 1995, expedido por el Gobierno Nacional.

DEVUELVA al actor el depósito efectuado para gastos ordinarios del proceso, por no haberse utilizado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1º de febrero de 1996.

## SECCION PRIMERA

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera sentencia de 11 de agosto de 1988, expediente número 3466, Consejero ponente: *Julio César Uribe Acosta*, y sentencia de 15 de marzo de 1985, expediente número 3469, Consejero ponente: *Carlos Betancur Jaramillo*.

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera jurisprudencia del auto por medio del cual se resolvió la suspensión provisional del acto acusado.

**CONTRALORIA MUNICIPAL - Organización y funcionamiento / CONCEJO MUNICIPAL - Facultades / SUPRESION DE CONTRALORIAS / ORGANIZACION TERRITORIAL DE LOS MUNICIPIOS / MUNICIPIO - Creación / SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia**

Según el artículo 65 de la Ley 136 de 1994, corresponde a los Concejos Municipales la organización y funcionamiento de las Contralorías municipales que haya autorizado la ley. Contrario *sensu*, la supresión de estos entes de control también corresponde a los concejos municipales. No es posible deducir de este artículo de la ley que las Asambleas Departamentales tengan la facultad para la supresión de las Contralorías Municipales y por consiguiente, armonizando este artículo con el 156 de la ley, la supresión aludida no puede predicarse de las dichas Asambleas Departamentales. No aparece pues manifiesta, como lo sostiene el actor, la violación por parte del Acuerdo 020 de 1995 del Concejo de Turbaco de la norma contenida en la Ley 136 de 1994. La facultad contenida en el numeral 6° del artículo 300 de la Carta es conferida para la organización territorial de los municipios ya por creación o supresión de las mismas, ya por segregación o agregación de sus territorios. No tiene relación esta facultad con la de crear o suprimir Contralorías Municipales. Por parte del actor hay una confusión entre los requisitos exigidos por la ley para crear municipios y los necesarios para la creación de los entes de control. Para la Sala, como para el Tribunal, no aparece manifiesta la violación de la norma constitucional.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González*

Referencia: Expediente número 3560, autoridades municipales.

Actor: Luis Alfonso Carrillo Bravo.

## **SECCION PRIMERA**

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el actor de la referencia contra el auto de 5 de septiembre de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, en cuanto al admitir la demanda, negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, dentro de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el Acuerdo número 020 de 12 de mayo de 1995, expedido por el Concejo Municipal de Turbaco - Bolívar, por medio del cual se reestructura el Control Fiscal del Municipio y se dictan otras disposiciones.

### **ANTECEDENTES**

Dentro de la referida demanda y para efecto de la suspensión provisional dice el solicitante que el acto acusado infringe de manera manifiesta el numeral 6° del artículo 300 de la Constitución Política, armonizado con el 156 de la Ley 136 de 1994, de donde se determina la incompetencia del Concejo Municipal de Turbaco para establecer si el municipio dejó de reunir los requisitos exigidos por la ley para su creación y poder establecer con tal base la supresión de la Contraloría Municipal de Turbaco, pues esta es una facultad propia de la Asamblea Departamental.

Agrega el actor que según el acta de posesión del 7 de enero de 1995, estaba percibiendo una asignación mensual de \$450.000.00, suma que dejaría de recibir si se ejecuta el Acuerdo número 020, lo que le causaría un perjuicio.

### **LA PROVIDENCIA APELADA**

Para denegar la suspensión provisional solicitada el Tribunal expresa que de la comparación del Acuerdo 020 de 1995 con las normas que el actor invoca como violadas, esto es, el artículo 300, numeral 6° de la Constitución y el artículo 156 de la Ley 136 de 1994, no se desprende la incompetencia del Concejo Municipal para suprimir la Contraloría Municipal, tampoco se desprende la competencia para hacerlo por parte de la Asamblea Departamental.

Agrega que para determinar la ilegalidad del acto demandado debe hacerse un estudio a fondo de la capacidad económica del municipio, la que debe ser refrendada por autoridad competente, estudio que no es del caso en el momento procesal, sino en el de la sentencia.

Finalmente dice que el actor no probó el perjuicio que sufre o pudiera sufrir ya que sólo aportó al expediente copia del acta de posesión.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Al sustentar el recurso el actor plantea que ni la Constitución ni la Ley 136 de 1994 facultan a los Concejos para suprimir las Contralorías creadas antes de la vigencia de dicha ley.

Que según el artículo 159 de la Ley 136 los contralores reciben un salario y que de acuerdo con el artículo 161 de la misma ley los contralores no pueden ser removi-

dos antes del vencimiento de su período sino por providencia judicial y decisión o solicitud de la Procuraduría de la Nación.

Asegura que el Contralor Municipal fue removido de su cargo al suprimir la Contraloría y que por tal motivo dejó de percibir sus sueldos. Solicita el actor que por el Consejo se soliciten pruebas a la Contraloría Departamental de Bolívar, al Alcalde y al Tesorero de Turbaco.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

El acto acusado es el Acuerdo 020 del 12 de mayo de 1995, expedido por el Concejo Municipal de Turbaco, Bolívar, por el cual se reestructura el control fiscal del Municipio y se dictan otras disposiciones.

Para efectos de resolver el recurso interpuesto, la Sala observa:

En cumplimiento de lo señalado en el artículo 213 del C.C.A. la presente apelación debe resolverse de plano y por tanto se abstiene la Sala de solicitar las certificaciones que pide el actor.

Para denegar la suspensión provisional, el *a quo* comparó el Acuerdo número 020 con las normas que el actor señala violadas, esto es, el artículo 300 numeral 6° de la Constitución Política y el 156 de la Ley 136 de 1994.

La citada norma constitucional señala las facultades que las Asambleas Departamentales ejercen por medio de las ordenanzas, entre ellas la del numeral 6 que es la de crear y suprimir municipios, segregar y agregar territorios municipales y organizar provincias.

El actor dice que la anterior norma debe interpretarse en armonía con la contenida en el artículo 156 de la Ley 136 de 1994 que trata de la creación de las Contralorías. Allí se autoriza a los municipios clasificados en categoría especial y en las categorías primera, segunda y tercera para crear y organizar sus propias contralorías, pero en el inciso 2° autoriza la supresión de tales entes sólo cuando desaparezcan los requisitos exigidos para su creación y previa demostración de la capacidad económica del municipio, la que debe ser refrendada por la oficina de planeación, bien sea departamental o municipal, según el caso.

El Acuerdo 020 del Concejo Municipal de Turbaco, en los considerandos que sirvieron de motivación para la expedición del mismo, destaca de manera preferente las disposiciones de la Ley 136 para concluir con la supresión de la Contraloría, reconociendo que según la certificación expedida por planeación del municipio de Turbaco, dicho municipio es de cuarta categoría según lo preceptuado en el artículo 6° de la citada ley.

Con tal base el Concejo constató que de acuerdo con la autorización legal, la Contraloría Municipal podía suprimirse puesto que dichos entes están autorizados por la misma ley para municipios hasta de la tercera categoría.

## SECCION PRIMERA

Según el artículo 65 de la Ley 136 de 1994, corresponde a los Concejos Municipales la organización y funcionamiento de las Contralorías Municipales que haya autorizado la ley. Contrario *sensu*, la supresión de estos entes de control también corresponde a los Concejos Municipales.

No es posible deducir de este artículo de la ley que las Asambleas Departamentales tengan la facultad para la supresión de las Contralorías Municipales y por consiguiente, armonizando este artículo con el 156 de la ley, la supresión aludida no puede predicarse de las dichas Asambleas Departamentales. No aparece pues manifiesta, como lo sostiene el actor, la violación por parte del Acuerdo 020 de 1995 del Concejo de Turbaco de la norma contenida en la Ley 136 de 1994.

Como ya se anotó, la facultad contenida en el numeral 6° del artículo 300 de la Carta es conferida para la organización territorial de los municipios ya por creación o supresión de las mismas, ya por segregación o agregación de sus territorios.

No tiene relación esta facultad con la de crear o suprimir Contralorías Municipales.

Por parte del actor hay una confusión entre los requisitos exigidos por la ley para crear municipios y los necesarios para la creación de los entes de control. Para la Sala, como para el Tribunal, no aparece manifiesta la violación de la norma constitucional; razón suficiente para confirmar la decisión recurrida.

Por las razones anteriores, 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 1° de febrero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Presidente; *Rodrigo Ramírez González*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Manuel S. Urueta Ayola*.

**EMERGENCIA CARCELARIA / ACTO ADMINISTRATIVO - Vigencia temporal / CONTROL JURISDICCIONAL / JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO / COMPETENCIA / ACTO ADMINISTRATIVO / DECAIMIENTO DEL ACTO**

Es necesario observar en lo que se refiere a la vigencia del acto acusado que la Corporación es competente para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda; a pesar de la vigencia temporal por ciento ochenta (180) días de la declaratoria de emergencia controvertida, pues el órgano de control debe examinar los elementos de la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado en el momento en que éste se produce, sin consideración especial de la circunstancia de que haya dejado de producir sus efectos.

**EMERGENCIA CARCELARIA - Declaratoria / DIRECTOR DEL INPEC - Facultades**

Del texto del artículo 168 de la Ley 65 de 1993 se evidencia que el director General del Inpec se encuentra facultado expresamente para declarar la emergencia carcelaria y penitenciaria, razón por la cual carece de sustento la pretendida violación del artículo 121 de la Carta Política alegada por los demandantes, el cual prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

**MOTIVACION DEL ACTO ACUSADO / FALSA MOTIVACION - Demostración / DECRETO DE EMERGENCIA CARCELARIA - Motivación / CONTROL JURISDICCIONAL**

La no exposición detallada de los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia tantas veces citada no impide el control jurisdiccional del acto administrativo contentivo de aquélla, puesto que esta Sala, como autoridad judicial que es, se encuentra autorizada para analizar los antecedentes administrativos que dieron origen a su expedición, así dichos antecedentes tengan el carácter de reservados, como en efecto ocurrió en el presente caso, encontrando que la medida cuestionada se

## SECCION PRIMERA

adecúa a los fines de la norma que la autoriza y es proporcional a los hechos que le sirven de causa. No basta afirmar que hubo ausencia de motivación o falsa motivación como lo hacen los actores, sino que éstos han debido demostrar, lo cual no hicieron, que en realidad no existieron los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia a que se contrae la Resolución número 432 de 1995, la cual estima la Sala que se encuentra respaldada en los hechos enunciados y en los antecedentes administrativos antes referidos, razón por la cual no fueron violadas las normas invocadas como tal por los demandantes.

### INDIVIDUALIZACION DEL ACTO - Inexistencia / NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

Pese a que en la demanda en estudio se solicita que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución número 432 de 1º de febrero de 1995 se declare también la nulidad de los actos expedidos en desarrollo de la misma, ello no sería posible aun prosperando la nulidad de la resolución citada, dado que para ello los demandantes han debido identificarlas plenamente, señalar las normas que con su expedición consideran infringidas y emitir el concepto de violación, cuestión que en manera alguna efectuaron.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dos (2) de febrero de mil novecientos noventa y seis. (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel Urueta Ayola*.

Referencia: Expediente número 3361. Acción: Nulidad.

Actor: Gloria Patricia Lopera Mesa y otros.

Los ciudadanos Gloria Patricia Lopera Mesa, Giovani Alberto Caro Uribe y John Eduardo Yepes García en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C.C.A., solicitan de esta Corporación la nulidad de la Resolución número 432 de 1º de febrero de 1995, expedida por el Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, "por la cual se declara el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en los establecimientos de reclusión del orden nacional", y, como consecuencia de ello, de todas las demás que han sido expedidas en desarrollo de dicha declaración de emergencia.

#### I. EL ACTO ACUSADO

El acto acusado es del siguiente tenor:

## RESOLUCION NUMERO 0432 DE 01, FEBRERO 1995

*Por la cual se declara el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria en los establecimientos de reclusión del orden nacional.*

EL DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO NACIONAL  
PENITENCIARIO Y CARCELARIO, INPEC,

*en uso de sus facultades legales y en especial las que le confiere el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, y*

## CONSIDERANDO:

Que de conformidad con el artículo 168 de la Ley 65 de 1993, corresponde al Director General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria;

Que durante los últimos meses se vienen presentando reiterados hechos que atentan contra el orden interno de los establecimientos carcelarios que impiden el normal funcionamiento del Sistema Penitenciario Nacional;

Que la situación planteada no puede conjurarse mediante el uso de las atribuciones ordinarias de las autoridades penitenciarias, sino que hace necesaria la aplicación de medidas especiales, inmediatas y radicales, para fortalecer la administración penitenciaria, la seguridad y el orden interno de los establecimientos penitenciarios y carcelarios del orden nacional, sin perjuicio de las acciones de carácter administrativo, disciplinarias y penales a que haya lugar;

Que el Consejo Nacional de Seguridad, en reunión efectuada el día 30 de enero de 1995, recomendó la adopción de medidas extraordinarias;

Que habiendo tenido conocimiento de los hechos, el señor Ministro de Justicia y del Derecho emitió concepto favorable para decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria,

## RESUELVE:

Artículo primero. Declárase el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria a partir de la vigencia de la presente resolución por el término de ciento ochenta (180) días en los establecimientos carcelarios y penitenciarios del orden nacional.

Artículo segundo. La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición.

Comuníquese y cúmplase.

## II. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

La parte actora considera que el acto acusado viola los artículos 121 de la Constitución Política; 35, 36, 84 y 152 del C.C.A.; 168 de la Ley 65 de 1993; y 8° de la Ley 137 de 1994, por las razones que se resumen a continuación:

Si bien el artículo 168 de la Ley 65 de 1993 contiene una competencia discrecional, que permite al Director del Inpec decidir sobre la conveniencia o no de declarar el estado de emergencia penitenciario y carcelario, dicha discrecionalidad "... no entraña arbitrariedad, el uso de este tipo de competencia es susceptible de control judicial con el fin de verificar si el acto discrecional se ajusta a los límites fijados en la misma norma legal que lo autoriza y en todo caso si respeta los cauces constitucionales que delimitan la actividad de los poderes públicos. El artículo 168 del código carcelario habilita al director del Inpec para hacer uso de la emergencia penitenciaria siempre y cuando se verifiquen las condiciones fácticas a que la norma se refiere y circunscribe las facultades a tomar las medidas necesarias para conjurar la situación de crisis. En ese orden de ideas, un control judicial del acto que declara la emergencia penitenciaria requiere de motivación no sólo jurídica sino fáctica del mismo, pues la decisión discrecional debe respaldarse y justificarse por los datos objetivos sobre los cuales se fundamenta. En consecuencia, la expresión de los motivos deviene en condición de validez formal del acto discrecional, por lo cual debe entenderse implícita esta exigencia en la norma legal que autoriza declarar la emergencia penitenciaria", de conformidad con la doctrina y de acuerdo con lo establecido en los artículos 35 y 36 del C.C.A. y 8° de la Ley 137 de 1994.

En efecto, continúa el demandante, el artículo 35 del C.C.A., el cual es una concreción del principio de legalidad contenido en el artículo 121 de la Constitución Política, prescribe que toda decisión debe ser motivada si afecta a particulares. En el presente caso no cabe duda de que la declaratoria del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria conlleva un menoscabo de los intereses de las personas privadas de su libertad, así como de los de sus allegados.

Por su parte, el artículo 36 *ibidem* consagra como parámetros para enjuiciar la legalidad de los actos discrecionales su adecuación a los fines de la norma habilitante y la proporcionalidad a los hechos que le sirven de causa.

"Respecto al artículo 8° de la Ley 137 de 1994, agrega el actor, vale decir que la exigencia de justificar las limitaciones a derechos fundamentales constitucionales prevista para los decretos de estados de excepción contenidos en normas constitucionales puede y debe trasladarse al estado de emergencia penitenciaria, no sólo por la común naturaleza jurídica de estas figuras, sino especialmente teniendo en cuenta que si el requisito de justificación expresa opera en los eventos de excepcionalidad autorizados por el constituyente, con mayor razón ha de regir cuando la posibilidad de afectar los derechos y libertades de los detenidos y sus allegados tiene origen en una decisión del legislador".

Luego de esos razonamientos jurídicos, el demandante afirma: "... la resolución del Inpec ... debe expresar concretamente el fundamento fáctico que la inspira, como condición para su validez formal; así como las resoluciones que posteriormente se dicten para desarrollarlo deben señalar los motivos para los cuales se imponen cada una de las limitaciones a los derechos de los reclusos, cuando traigan consigo esta consecuencia, de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación del orden y la seguridad carcelaria y las razones por las cuales se hacen necesarias. Como conclusión de este apartado vale decir que la motivación, es no sólo una elemental cortesía, sino un riguroso requisito del acto de sacrificio de derechos".

En la resolución demandada, concluye el actor, "... brilla por su ausencia la expresión de los hechos que dieron lugar a dictarla, toda vez que su parte motiva tan sólo es una paráfrasis de la norma legal que le sirve de sustento..." (literal a) del artículo 168 de la Ley 65 de 1993), sin que se determinen realmente cuáles fueron los hechos que motivaron la declaración de emergencia.

Dicha ausencia de motivación real, agrega finalmente, infringe las normas constitucionales y legales en que debería fundarse la declaratoria del estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, lo que se traduce en una falsa motivación, por cuanto de los considerandos de la resolución demandada no es posible extraer en concreto los hechos perturbadores del orden y de la seguridad penitenciaria, elementos necesarios para ejercer el control de los presupuestos materiales del acto en cuestión y de los que con posterioridad se expidan en virtud de éste.

### III. ACTUACION

Mediante proveído de 30 de junio de 1995 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Del auto admisorio de la demanda se notificó al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, quien en la contestación de la demanda se opuso a las pretensiones, exponiendo como argumentos de su defensa los siguientes:

1°. La brevedad de los motivos expuestos en la resolución acusada no puede interpretarse como ausencia de motivación, no sólo porque las consideraciones allí expuestas tienen su fundamento amplio en los antecedentes que le dieron origen, sino porque el Inpec no tenía razón para entrar a especificar cada uno de los hechos a los que hace referencia el acto administrativo.

2°. Los acontecimientos que venían alterando el orden y la seguridad carcelaria además de numerosos fueron notorios y de público conocimiento, lo que exime al Instituto de entrar a reiterarlos o comprobarlos a través de la exposición de motivos efectuada en la resolución.

3°. Para la época de expedición del acto acusado no se habían concretado otras situaciones respecto de las cuales existían suficientes elementos de juicio para prever

## SECCION PRIMERA

su aparición, situaciones que igualmente sirvieron de base al estado de emergencia y que se encuentran contenidas en informes de inteligencia de los organismos de seguridad del Estado, los cuales tienen carácter de reservados (artículo 19 del C.C.A.), razón por la cual no le era dado al Instituto ni a sus funcionarios entrar a revelarlos mediante una exposición detallada en el texto de la decisión adoptada, tal y como lo señaló el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en sentencia del 10 de mayo de 1995 al resolver un recurso de insistencia presentado por el Defensor del Pueblo, ante la negativa del Inpec de dar a conocer a un ciudadano los hechos y documentos que sirvieron de fundamento al estado de emergencia carcelaria decretado en oportunidad anterior.

5°. Los hechos notorios mencionados y los expuestos en los informes de inteligencia fueron evaluados por el Consejo Nacional de Seguridad y por el Ministro de Justicia y del Derecho, quienes recomendaron al Director del Inpec recurrir al estado de emergencia. Por ello no puede decirse que la decisión discrecional fue arbitraria, pues fue una solución necesaria, oportuna, adecuada a los fines de la norma y proporcional a los hechos que le sirvieron de causa.

6°. La falsa motivación alegada carece de sustento, dado que la Resolución número 432 de 1995 goza de la presunción de legalidad que ampara a todos los actos administrativos, sin que los demandantes hayan demostrado que la decisión cuestionada fue claramente infundada y sin respaldo, y por el contrario se limitan a afirmar que lo expuesto en los considerandos no conlleva una verdadera o suficiente motivación, mas no que el contenido es inexacto o que los motivos no son verdaderos.

7°. El fundamento de la nulidad de la resolución, en concepto de los actores, es la ausencia de motivación, lo cual en efecto permitiría hacer uso de la acción de nulidad pero por haber sido expedida en forma irregular y no por falsa motivación e infracción de las normas en que debería fundarse, como lo manifiestan erradamente los demandantes. De todas maneras, al valorar el acto demandado a la luz de la expedición en forma irregular, se concluye que los hechos expuestos en el mismo constituyen la expresión clara y concisa de los motivos por los cuales se declaró la emergencia carcelaria y que la omisión de detallarlos e individualizarlos no amerita la declaración de su nulidad, porque de haber sido expuestos de tal manera, en nada hubiera cambiado la decisión de la Administración.

8°. Además, debe tenerse en cuenta que los antecedentes del acto forman parte del mismo, y que si bien no fueron expuestos en su texto, sí guardan íntima relación con él ya que son su presupuesto. Su omisión no dificulta el control de legalidad de la resolución, toda vez que a las autoridades judiciales les está permitido acceder a dichos antecedentes para que a través de su conocimiento determinen si existió violación de alguna norma legal o si la decisión adoptada no se ajustó a los presupuestos de hecho claramente conocidos.

#### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación estima que no deben prosperar las súplicas de la demanda por cuanto la resolución acusada fue expedida con base en la facultad discrecional contenida en el artículo 168 de la Ley 165 de 1993, el cual prescribe que se podrá declarar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria previo concepto favorable del Ministro de Justicia y siempre y cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria, presupuestos estos que se tuvieron en cuenta para expedir la Resolución número 432 de 1995 en defensa del interés general.

De otra parte, el acto acusado se deriva de la facultad discrecional de la Administración y por afectar a particulares debe ser motivado, aunque sea sumariamente, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 58 de 1982.

La resolución demandada cumple con el anterior requisito, toda vez que señala la norma que da legitimidad al acto expedido, previo concepto favorable del Ministro de Justicia y del Derecho, siendo su motivación los reiterados hechos de público conocimiento que atentan contra el orden interno de los establecimientos carcelarios e impiden el normal funcionamiento del Sistema Penitenciario Nacional.

En conclusión, la resolución demandada se adecúa a los fines de la norma que la autoriza y es proporcional a los hechos que le sirven de causa como lo exige la doctrina.

#### V. LA DECISION

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

#### CONSIDERACIONES

Previamente a las consideraciones de fondo, es necesario observar en lo que se refiere a la vigencia del acto acusado que la Corporación es competente para pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, a pesar de la vigencia temporal por ciento ochenta (180) días de la declaratoria de emergencia controvertida, pues el órgano de control debe examinar los elementos de la presunción de legalidad del acto administrativo cuestionado en el momento en que éste se produce, sin consideración especial de la circunstancia de que haya dejado de producir sus efectos.

#### 1. LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ACUSADO

El cargo principal atribuido al acto acusado por los demandantes consiste en la ausencia de motivación del mismo, por cuanto consideran que al señalar éste "... Que durante los últimos meses se vienen presentando reiterados hechos que atentan contra el orden interno de los establecimientos carcelarios que impiden el normal funcio-

## SECCION PRIMERA

namiento del Sistema Penitenciario Nacional; ...”, no se está cumpliendo con el requisito de motivación exigido para la expedición de los actos que afectan a los particulares, de conformidad con los artículos 35 y 36 del C.C.A. y 8° de la Ley 137 de 1994, los cuales estiman violados.

Dichas normas prescriben:

“Artículo 35 (C.C.A.). Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares.

En la decisión se resolverán todas las cuestiones planteadas, tanto inicialmente como durante el trámite.

Cuando el peticionario no fuere titular del interés necesario para obtener lo solicitado o pedido, las autoridades negarán la petición y notificarán esta decisión a quienes aparezcan como titulares del derecho invocado, para que puedan hacerse parte durante la vía gubernativa, si la hay.

Las notificaciones se harán conforme lo dispone el capítulo X de este título”.

“Artículo 36 (C.C.A.). Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión, de carácter general o particular, sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa”..

“Artículo 8°. (Ley 137 de 1994). Justificación expresa de la limitación del derecho. Los decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales de tal manera que permitan demostrar la relación de conexidad con las causas de la perturbación y los motivos por las cuales se hacen necesarias”.

La Resolución número 432 de 1° de febrero de 1995 expedida por el Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, tuvo como fundamento legal el artículo 168 de la Ley 65 de 1993 que en su parte pertinente establece:

“Artículo 168. Estados de emergencia penitenciaria y carcelaria. El Director General del Inpec, previo concepto favorable del Ministro de Justicia y del Derecho, podrá decretar el estado de emergencia penitenciaria y carcelaria, en todos los centros de reclusión nacional, en alguno o algunos de ellos, en los siguientes casos:

a. Cuando sobrevengan hechos que perturben o amenacen perturbar grave o inminentemente el orden y la seguridad penitenciaria y carcelaria;

b. ...

En los casos del literal a) el Director General del Inpec está facultado para tomar las medidas necesarias con el fin de superar la situación presentada, como traslados, aislamiento de los internos, uso racional de los medios extraordinarios de coerción y el reclamo del apoyo de la Fuerza Pública de acuerdo con los artículos 31 y 32 de esta ley.

Si en los hechos que alteren el orden y la seguridad del centro o centros de reclusión estuviere comprometido personal de servicio penitenciario y carcelario, el Director del Inpec podrá suspenderlo o reemplazarlo, sin perjuicio de las investigaciones penales o disciplinarias correspondientes.

...

Superado el peligro y restablecido el orden, el Director General del Inpec informará al Consejo del mismo, sobre las razones que motivaron la declaratoria de emergencia y la justificación de las medidas adoptadas. Igualmente informará a las autoridades judiciales las nuevas ubicaciones de los detenidos, para sus correspondientes fines”.

Del texto del artículo 168 de la Ley 65 de 1998 se evidencia que el Director General del Inpec se encuentra facultado expresamente para declarar la emergencia carcelaria y penitenciaria, razón por la cual carece de sustento la pretendida violación del artículo 121 de la Carta Política alegada por los demandantes, el cual prescribe que ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

Como lo expresa el acto demandado, la declaratoria de emergencia que nos ocupa tuvo como origen hechos perturbadores del orden y de la seguridad carcelaria y penitenciaria, algunos de los cuales fueron conocidos por la opinión pública, tales como las fugas de presos, las muertes violentas dentro de los establecimientos carcelarios, la incautación de armas en los mismos, la detención de cabecillas del narcoterrorismo y de la guerrilla, etc. A más de lo anterior, el Director General del Inpec tuvo en cuenta para tomar la decisión contenida en la resolución acusada, los informes reservados de inteligencia de los organismos de seguridad del Estado, los que por lo tanto no fueron narrados en su texto, pero que esta Corporación tuvo oportunidad de examinar, llegando a la conclusión de que lo en ellos contenido sin lugar a dudas ameritaba la medida adoptada en la Resolución número 432 de 1º de febrero de 1995.

Como bien lo afirma el Director General de la entidad demandada al contestar la demanda, la no exposición detallada de los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia tantas veces citada no impide el control jurisdiccional del acto administrativo contentivo de aquélla, puesto que esta Sala, como autoridad judicial que es, se encuentra autorizada para analizar los antecedentes administrativos que dieron origen a su expedición, así dichos antecedentes tengan el carácter de reservados, como en

## SECCION PRIMERA

efecto ocurrió en el presente caso, encontrando que la medida cuestionada se adecúa a los fines de la norma que la autoriza y es proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Así mismo, las consideraciones del acto cuestionado indican la existencia de unos hechos concretos, los cuales fueron conocidos por el Consejo Nacional de Seguridad y el Ministro de Justicia, quienes recomendaron la adopción de medidas extraordinarias y la declaración de la emergencia carcelaria y penitenciaria, dando así cumplimiento a lo estipulado en la norma en que se fundamentó el Director del Inpec para tomar dicha decisión (artículo 168, Ley 65 de 1993).

No basta afirmar que hubo ausencia de motivación o falsa motivación como lo hacen los actores, sino que éstos han debido demostrar, lo cual no hicieron, que en realidad no existieron los hechos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia a que se contrae la Resolución número 432 de 1995, la cual estima la Sala que se encuentra respaldada en los hechos enunciados y en los antecedentes administrativos antes referidos, razón por la cual no fueron violadas las normas invocadas como tal por los demandantes.

### 2. LA ADOPCION DE DECISIONES

Finalmente, la afirmación de los actores en el sentido de que la declaratoria de emergencia carcelaria y penitenciaria conlleva el menoscabo de los intereses de las personas privadas de su libertad así como también el de sus allegados no es compartida por esta Corporación, pues sólo en la medida en que se demande la adopción de determinaciones concretas tales como traslados de internos, su aislamiento, etc., y se estudien a la luz de los preceptos que se consideren transgredidos, podría eventualmente llegar a considerarse que en efecto con tales decisiones se menoscaban los intereses referidos.

Sobre el particular, considera la Sala oportuno observar que pese a que en la demanda en estudio se solicita que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la Resolución número 432 de 1º de febrero de 1995 se declare también la nulidad de los actos expedidos en desarrollo de la misma, ello no sería posible aun prosperando la nulidad de la resolución citada, dado que para ello los demandantes han debido identificarlas plenamente, señalar las normas que con su expedición consideraran infringidas y emitir el concepto de violación, cuestión que en manera alguna efectuaron.

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

### FALLA:

1º. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

2° Por no haber dado cumplimiento la parte actora a la obligación de depositar la suma ordenada por concepto de gastos ordinarios del proceso, no se ordena su devolución.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 1° de febrero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Rodrigo Ramírez González, Manuel S. Urueta Ayola.*

**EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia / COSA JUZGADA - Inexistencia / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Improcedencia / INAPLICABILIDAD DE NORMAS / SENTENCIA DE NULIDAD-Efectos**

La sentencia C-531 declara la inexecutable del inciso 2 del artículo 6° del Decreto-ley 2591 de 1991, lo cual pone de presente que la controversia allí dirimida no versaba sobre el Decreto 306 de 1992, objeto de la presente demanda, no pudiendo recaer su efecto sobre este último, por la sencilla razón de que la declaratoria de su nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad es competencia de esta Corporación y no de la Corte Constitucional. Tampoco habrá de declararse la excepción de cosa juzgada frente a la sentencia T-206 de 1994 ya citada, a través de la cual la Corte Constitucional declaró la inaplicabilidad del artículo 2° del Decreto 306 de 1992, pues una cosa es la inaplicabilidad que produce efectos para un caso concreto, y otra muy distinta la declaratoria de nulidad, lo cual, como ya se dijo, es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y cuyos efectos son *erga omnes*.

**PERJUICIO IRREMEDIABLE - Concepto**

Al analizar el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, se desprende que la acción de tutela procede en los siguientes eventos: 1. Cuando no exista otro medio de defensa judicial y 2. Cuando aún existiendo otro medio de defensa judicial, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La deducción de estas dos formas de aplicación de la acción de tutela en nada contradice la disposición constitucional (art. 86-3) y la definición de perjuicio irremediable que trae el inciso 2 del mismo numeral lo que hace es recortar sus verdaderos alcances, sus posibilidades. Con base en la definición, que fue declarada inexecutable, el decreto reglamentario estableció 6 casos en los cuales no se da el perjuicio irremediable y a pesar de que estos se señalan prácticamente a título de ejemplo, lo evidente es que tales casos quedan por fuera de cualquier posibilidad de ser decididos por medio de una acción de tutela, con lo que la apreciación de la existencia de

los medios de defensa judicial, en cuanto a su eficacia y atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante, como lo dispone el inciso 1° del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591, queda reducida o disminuida por lo menos en los seis casos el artículo 1° del Decreto 306.

**ACCION DE TUTELA - Improcedencia / DERECHO LEGAL - Protección / ACCION DE TUTELA - Finalidad / DERECHOS FUNDAMENTALES - Protección / ACCION DE CUMPLIMIENTO**

Lo referente a que la acción de tutela no pueda ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, es una inferencia lógica tanto del artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, como del artículo 86 de la Carta Política, dado que éstos solamente autorizaron el ejercicio de la acción en forma exclusiva de los derechos constitucionales fundamentales, mas no de los que son instituidos por normas de rango inferior como las legales. En cuanto a que la acción de tutela no pueda ejercerse para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos, o cualquiera otra norma de rango inferior, encuentra la Sala que tal exclusión tiene su sustento en el artículo 87 de la Constitución que consagra, en favor de toda persona, la acción de cumplimiento tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de las leyes y de los actos administrativos.

**NORMA REGLAMENTARIA - Límites / PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA**

La norma reglamentaria no solamente debe acatar la ley que reglamenta, sino también otras leyes y, con mayor razón, las normas constitucionales, por virtud del principio de la jerarquía normativa que impera en el derecho colombiano con apoyo en los artículos 4° de la misma Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del C. De R. P. y M.

Declárase no probada la excepción de cosa juzgada frente a los artículos 1° y 2° del Decreto 306 de 19 de febrero de 1992 propuesta por el señor apoderado del Ministerio de Gobierno. Reglamento número 0306 del 19 de febrero de 1992 “por el cual se reglamenta el Decreto número 2591 de 1991, expedido por el Gobierno Nacional.

**FUENTE FORMAL:** Artículo 4° C. P./91 artículo 12 Ley 153 de 1887, artículo 240 C. de P. P. D. y M.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., seis de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Rodrigo Ramírez González.*

## SECCION PRIMERA

Radicación número 3331.

Referencia: Expediente número 3331. Autoridades Nacionales.

Actor: Héctor Justino Jaramillo Ulloa.

### I. ANTECEDENTES

El ciudadano Héctor Justino Jaramillo Ulloa, 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 1° y 2° del Decreto número 0306 de 19 de febrero de 1992 “por el cual se reglamenta el Decreto número 2591 de 1991”, expedido por el Gobierno Nacional.

Cita el actor como infringidos por el acto acusado, los artículos 1°, 2° y 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 19 de noviembre de 1991, 152 literal a) y 189 numeral 11 de la Carta Política.

Hace consistir el concepto de la violación en lo siguiente:

Frente al artículo 1° del acto acusado esgrime estos cargos:

a) El inciso 2° del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 definió, de manera restrictiva, el perjuicio irremediable, como aquél que sólo puede ser reparado mediante una indemnización.

Dicho inciso fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-531 de 11 de noviembre de 1993, por considerarse que con la definición legal allí expresada se pretendió reemplazar un precepto constitucional abierto y de importancia sustancial, esto es, el del artículo 86, cuyo concepto de perjuicio irremediable juega un papel de primer orden que constituye “columna de la estructura portante del edificio constitucional y no puede, en consecuencia ser sustituido o suplantado por el legislador”.

El artículo 1° que se demanda pretendió reglamentar el precepto que fue declarado inexecutable y al definir el perjuicio irremediable, reiteró el criterio cerrado que de dicho concepto constitucional trae el citado Decreto 2591 de 1991.

Como consecuencia de la definición de perjuicio irremediable, la norma en cuestión enuncia seis casos particulares en los que se considera que el perjuicio no tendrá el carácter de irremediable, cuando el interesado pueda solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho en cualquiera de esos eventos, casos estos que fueron sustraídos de la acción de tutela y en los cuales pueden vulnerarse derechos fundamentales de los ciudadanos;

b) La norma acusada no solamente vulnera el precepto legal que pretendió reglamentar y que desapareció de la vida jurídica en virtud de la sentencia ya referida, sino que también desconoce el numeral 11 del artículo 189 de la Carta Política, al

producirse exceso sobreviniente en la potestad reglamentaria debido a la declaratoria de inexequibilidad;

c) Así mismo, viola el artículo 86 *ibidem*, ya que este sólo podía ser reglamentado por medio de una norma legal; y de todas maneras por reducir el alcance de la acción constitucional por una vía inapropiada no solamente en su origen, sino en su contenido intrínseco.

Frente al artículo 2° demandado señala que el mismo transgredió el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, ya que no solamente reiteró parcialmente su contenido sino que lo adicionó, restringiendo la acción de tutela al señalar que ésta no puede ser utilizada para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior.

Para demostrar la ilegalidad e inconstitucionalidad de la norma en estudio, deben tenerse en cuenta las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia T-206 de 26 de abril de 1994 para declarar su inaplicabilidad, conforme a las previsiones del artículo 4° de la Constitución Política:

“... Por otra parte, es claro que, expedido como ya lo había sido el decreto con fuerza de ley mediante el cual se reglamenta el derecho de tutela en desarrollo del artículo transitorio 5°, literal b), de la Constitución (Decreto 2591 de 1991), no podría el Presidente de la República seguir reglamentando por decreto ordinario la acción prevista en el artículo 86 de la Carta”.

## II. ACTUACION

Mediante proveído del 1° de junio de 1995 se admitió la demanda radicada bajo el número 3331 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 Justicia y de Gobierno.

El Ministerio de Gobierno, a través de apoderado, al contestar la demanda (fl. 66) manifiesta que la sentencia de la Corte Constitucional C-531 de 1993, a que alude el demandante, deja sin fundamento jurídico lo establecido en el artículo 1° del Decreto 306 de 1993 aquí demandado y agrega que no se pronuncia sobre los demás puntos de debate apreciados por el actor, ya que existe pronunciamiento judicial que hace tránsito o cosa juzgada.

Frente al artículo 2° acusado, señala que como quiera que la Corte Constitucional en sentencia T-206 de 1994 declaró inaplicable la frase “... ni pará hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior”, se hace innecesario un nuevo pronunciamiento por parte de esta Corporación, pues dicho pronunciamiento tiene el alcance de cosa juzgada.

## SECCION PRIMERA

Finalmente, de conformidad con lo previsto en los artículos 144 numeral 3º, 164 del C.C.A. y 97 del C. De P. C., propone como excepción la de cosa juzgada, en razón a los pronunciamientos que sobre el artículo 1º y apartes del artículo 2º del Decreto 306 de 1992 efectuó la Corte Constitucional en las sentencias C-531 de 1993 y T-206 de 1994.

La Nación-Ministerio de Justicia no contestó la demanda.

La Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, a través de apoderado, solicita se le tenga como parte en el proceso de la referencia, exponiendo en la contestación de la demanda los siguientes argumentos en defensa de las normas acusadas:

a) Frente al inciso 1º del artículo 1º del Decreto 306 de 1992 deberán tenerse en cuenta las razones que para su defensa asuman los Ministerios de Justicia y Gobierno;

b) Respecto del inciso 2º del artículo 1º *ibidem*, se tiene que en las circunstancias en éste previstas, los afectados tienen la posibilidad de obtener el resarcimiento del perjuicio a través de un pronunciamiento judicial de la jurisdicción contencioso administrativa, lo cual implica que en estos casos no es procedente la acción de tutela, pues en ellos no se advierte la existencia de un perjuicio irremediable;

c) Lo que hizo el Decreto 306 en su inciso 2º artículo 1º fue reiterar lo que legalmente no puede hacer el juez de tutela, no pudiéndose afirmar que rebasó el marco legal pues, por el contrario, se sujetó a él;

d) En materia contenciosa, de producirse un perjuicio con la expedición de un acto administrativo, el administrado tiene la posibilidad de solicitar la suspensión de los efectos, hasta cuando se adopte la decisión final, para lo cual sólo tiene que acreditar el daño y que el acto es contrario a la ley, en tratándose de actos de carácter particular.

En consecuencia, frente a las situaciones contempladas en la norma en estudio, es claro que el administrado no está desprotegido pues la norma contenciosa resulta mucho más favorable al ciudadano, quien aún siendo afectado por un perjuicio que no tenga el carácter de irremediable, puede ser protegido mediante la suspensión de los efectos de los actos.

### III. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

Habiéndose corrido el traslado de rigor a la señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación, la funcionaria guardó silencio.

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término, la Sala estudiará la excepción de cosa juzgada propuesta por el apoderado de la Nación-Ministerio de Gobierno, quien estima que procede su de-

claratoria por existir ya un pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencias C-531 de 11 de noviembre de 1993 y T-206 de 26 de abril de 1994.

Para la Sala dicha excepción no es de recibo, toda vez que la sentencia C-531 arriba citada declara la inexecutableidad del inciso 2º del artículo 6º del Decreto-ley 2591 de 1991, lo cual pone de presente que la controversia allí dirimida no versaba sobre el Decreto 306 de 1992, objeto de la presente demanda, no pudiendo recaer su efecto sobre este último por la sencilla razón de que la declaratoria de su nulidad por inconstitucionalidad o ilegalidad es competencia de esta Corporación y no de la Corte Constitucional.

Tampoco habrá de declararse la excepción de cosa juzgada frente a la sentencia T-206 de 1994 ya citada, a través de la cual la Corte Constitucional declaró la inaplicabilidad del artículo 2º del Decreto 306 de 1992, pues una cosa es la inaplicabilidad que produce efectos para un caso concreto, y otra muy distinta la declaratoria de nulidad, lo cual, como ya se dijo, es competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, y cuyos efectos son *erga omnes*.

Sobre el particular, en la sentencia T-206, la Corte se remitió a lo expresado por ella misma en sentencia T-614 de diciembre de 1992:

“... Obsérvese sin embargo, que la vigencia de la norma no se controvierte, ni tampoco se concluye en su inejecutabilidad o nulidad con efectos *erga omnes*. Apenas ocurre que, con repercusión exclusiva en la situación particular, se ha desvirtuado la presunción de constitucionalidad; ella seguirá operando mientras no se profiera un fallo del tribunal competente que defina el punto por vía general”.

Procede entonces la Sala a efectuar el análisis de fondo.

Mediante la presente acción de nulidad se demandan los artículos 1º y 2º del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992 “por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991” que a su turno reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política. Tales artículos son del siguiente tenor:

**“Artículo 1º. De los casos en que no existe perjuicio irremediable. De conformidad con el inciso segundo del numeral primero del Decreto 2591 de 1991, se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización (negrilla fuera del texto).**

“No se considera que el perjuicio tenga carácter de irremediable cuando el interesado puede solicitar a la autoridad judicial competente que se disponga el restablecimiento o protección del derecho, mediante la adopción de disposiciones como las siguientes:

“a. Orden de reintegro o promoción a un empleo, cargo, rango o condición;

## SECCION PRIMERA

“b. Orden de dar posesión a un determinado funcionario;

“c. Autorización oportuna al interesado para ejercer el derecho;

d. Orden de entrega de un bien;

“e. Orden de restitución o devolución de una suma de dinero pagada por razón de una multa, un tributo, una contribución, una tasa, una regalía o a cualquier otro título; revisión o modificación de la determinación administrativa de una obligación de pagar una suma de dinero; o declaración de inexistencia de esta última, y,

“f. Orden oportuna de actuar o de abstenerse de hacerlo, siempre que la conducta sea distinta del pago de una indemnización de perjuicios.

“Lo dispuesto en este artículo se aplicará también en aquellos eventos en los cuales sea legalmente posible que además de las órdenes y autorizaciones mencionadas se condene al pago de perjuicios en forma complementaria.

“Artículo 2°. De los derechos protegidos por la acción de tutela. De conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior”.

Para el actor las normas transcritas violan los artículos 1°, 2° y 6° numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, así como los artículos 189-11 y 152-a de la Constitución Política.

El artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 señala cuándo es improcedente la acción de tutela, pero haciendo en el numeral 1° la excepción de ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El concepto de perjuicio irremediable fue definido en el inciso segundo del mismo numeral. Reza textualmente la norma:

“Artículo 6°. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

“**Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización....**” (negrillas fuera del texto).

Por ser contrario al criterio abierto que la Constitución en su artículo 86 da sobre perjuicio irremediable, el inciso 2° del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 fue

declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-531 del 11 de noviembre de 1993.

El actor considera que al ser declarada la inexecutable de la norma que definía el perjuicio irremediable, el artículo 1° del Decreto 306 vulnera el precepto legal que pretendió reglamentar.

No es claro para la Sala cómo la reproducción de un concepto del Decreto reglamentario en el reglamentario pueda ser violatorio y constituir una causal de anulación de dicha norma; por el contrario, allí lo que hubo fue una reafirmación del contenido de la norma primeramente expedida.

Consecuencia lógica de la declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional (Sentencia C-531 de 11 de noviembre de 1993, Magistrado ponente: doctor *Eduardo Cifuentes Muñoz*), es el decaimiento de la norma que tuvo su fundamento en la que fue declarada inexecutable, en este caso del texto del artículo 1° inciso 1° del Decreto 306 que dice:

“Artículo 1°. De los casos en que no existe perjuicio irremediable. De conformidad con el inciso segundo del numeral primero del Decreto 2591 de 1991, se entiende por irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

Tal decaimiento, que se produjo en virtud de la decisión de la Corte Constitucional, no es óbice para que esta jurisdicción se pronuncie sobre la constitucionalidad y legalidad de dicho precepto, pero con efectos a partir de la expedición del acto, hasta cuando se produjo dicho fenómeno.

Al analizar el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, se desprende que la acción de tutela procede en los siguientes eventos:

- 1°. Cuando no exista otro medio de defensa judicial, y
- 2°. Cuando aún existiendo otro medio de defensa judicial, la tutela se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La deducción de estas dos formas de aplicación de la acción de tutela en nada contradice la disposición constitucional (art. 86-3) y la definición de perjuicio irremediable que trae el inciso 2 del mismo numeral lo que hace es recortar sus verdaderos alcances y posibilidades.

Con base en la definición, que fue declarada inexecutable, el decreto reglamentario estableció 6 casos en los cuales no se da el perjuicio irremediable y a pesar de que estos se señalan prácticamente a título de ejemplo, lo evidente es que tales casos quedan por fuera de cualquier posibilidad de ser decididos por medio de una acción de tutela, con lo que la apreciación de la existencia de los medios de defensa judicial, en cuanto a su eficacia y atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante,

## SECCION PRIMERA

como lo dispone el inciso 1° del numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591, queda reducida o disminuida por lo menos en los seis casos que trae el artículo 1° del Decreto 306.

Para la Sala, en apoyo del anterior aserto, resulta válido destacar apartes de la referida sentencia de la Corte, cuando consideró contrario a la Carta el inciso 2° del numeral 1° del artículo 6° del Decreto-ley 2591 de 1991, que razonó al efecto:

“La subordinación del derecho de tutela al régimen legal de la responsabilidad que propicia la definición de perjuicio irremediable, significa poner en contacto y jerarquizar ámbitos distintos que en la relación en que los pone la ley necesariamente pugnan entre sí. Los regímenes de responsabilidad se ocupan de identificar y distribuir entre los miembros de la comunidad el acaecimiento de riesgos sociales e individuales de diferente naturaleza, lo que se hace desde una perspectiva puramente económica y patrimonial. Los derechos fundamentales —entre ellos el derecho de tutela—, en cambio, traducen los valores superiores de la comunidad —dignidad y autonomía de la persona humana, libertad, justicia e igualdad— y demarcan espacios y posibilidades para el desarrollo cabal y pleno de la persona humana. No se puede poner en duda que la dimensión humana en la plenitud de su sentido y significado —que es como se contempla y trata en la Constitución— supera cualquier consideración de orden patrimonial. La violación de un derecho fundamental puede tener repercusiones económicas y generalmente las tiene. Sin embargo, antes que sobre el patrimonio, es respecto de la persona en sí misma considerada sobre la que obra cualquier violación a un derecho fundamental suyo. En cierto sentido puede decirse que el quebranto de un derecho fundamental hace menos persona a su titular. Frente a este menoscabo que hunde sus raíces en la dignidad de la persona, su efecto patrimonial resulta secundario. Por ello la definición legal es mirada por la Corte como el intento de invertir una prelación que el constituyente había decidido irrevocablemente en favor de la persona humana (C. P. arts. 1°, 2°, 5°, Título II). La procedencia de la acción de tutela cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable únicamente en el caso de que éste sea de aquellos que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización, devela la más paladina subordinación de la dimensión humana (mundo del ser) a la dimensión patrimonial (mundo de las cosas)”.

“... ”

“Agrégame a lo anterior que la definición legal, como se ha expresado extensamente en esta sentencia, en lugar de la hipótesis abierta de carácter fáctico —“perjuicio irremediable”— optó por sustituirla por un juicio hipotético de carácter legal sobre la eventualidad y alcance del perjuicio que podría concretarse. De mantenerse la definición legal, la norma constitucional de tipo abierto se convertiría en norma cerrada. Los jueces de tutela no se ocuparían de interpretar los

hechos que conforman la realidad y que pueden quedar comprendidos en la hipótesis abierta del “perjuicio irremediable” y, en cambio, tendrían que conformarse con un ejercicio legal especulativo.

“Dentro de la estructura de la norma contenida en el artículo 86 de la Constitución el concepto abierto de “perjuicio irremediable” juega un papel neurálgico, pues gracias a él ingresa la vida al proceso y puede el juez darle contenido y sentido a su tarea de protección efectiva de los derechos fundamentales y ser el punto de confluencia del derecho y la realidad, de cuya y adecuada interrelación depende la justicia de su decisión.

“La conservación de la definición legal y su exequibilidad tendrían el efecto de modificar la naturaleza abierta de la norma constitucional. Se produciría de hecho una reforma constitucional a través de un procedimiento no permitido, lo que demuestra que el poder interpretativo propio del legislador ha trascendido la actividad puramente legislativa. El legislador extraordinario en este caso no ha obrado dentro del marco fijado por la Constitución y dentro del cual puede libremente adoptar políticas. La definición legal pretende ocupar el lugar de un concepto constitucional abierto de importancia sustancial sin el cual la figura de la tutela quedaría desconectada de la realidad y perdería su virtualidad tutelar de los derechos fundamentales. Este concepto abierto es columna de la estructura portante del edificio constitucional y no puede, en consecuencia, ser sustituido o suplantado por el legislador”.

Es evidente entonces que la facultad de apreciación consagrada en el artículo 6° numeral 1° fue restringida en su reglamentación por el artículo citado del Decreto 306, hecho que lleva a que una disposición que la Corte Constitucional considera una hipótesis abierta de carácter fáctico se convierta en una norma cerrada y casuista, lo que restringe su aplicación trasgrediéndose así el artículo 86 de la Carta.

Finalmente, el actor afirma que el artículo 2° del Decreto 306 cuya nulidad se impetra, viola el artículo 1° del Decreto 2591, porque según él “resulta evidente la extralimitación en la potestad reglamentaria, que de manera ordinaria le tiene atribuido al Presidente de la República la Constitución Nacional (art. 189-11) y por esta razón resultó igualmente quebrantada la norma que se pretendió reglamentar al adicionarle elementos no contenidos por ella”.

La norma demandada dispone textualmente:

“Artículo 2°. De los derechos protegidos por la acción de tutela. De conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos constitucionales fundamentales, y por lo tanto, no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, ni para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior”.

## SECCION PRIMERA

El texto de la norma que se considera violada es del siguiente tenor:

“Artículo 1°. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.

“La acción de tutela procederá aun bajo los estados de excepción. Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción”.

El artículo 1° que se acaba de transcribir en términos generales reproduce la definición y condiciones que de la acción de tutela establece el artículo 86 de la Constitución Política.

Al analizar la Corte Constitucional el artículo 2° del Decreto 306, en sentencia T-206/94 afirmó:

“Encuétrase que la norma restringe injustificadamente el alcance del artículo 86 de la Constitución en cuanto impide, por fuera de las causales de improcedencia señaladas en la ley (Decreto 2591 de 1991), que el juez de tutela imparta una orden con arreglo a la cual, mediante el acatamiento de una disposición de rango legal o de otra jerarquía, pueden ampararse de manera efectiva y cierta derechos fundamentales.

“Quien incumple una norma está incurriendo en una omisión y mediante ésta puede violar o amenazar derechos fundamentales.

“El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o a la omisión de cualquier autoridad pública” (subraya la Corte).

Es decir, la Constitución cobija, dentro del género “omisión” aquella que pueda consistir en el incumplimiento o desacato a una norma, de tal manera que es incompatible con la Carta la disposición que de plano excluye esta forma de violar o amenazar derechos fundamentales de toda posibilidad de resolución judicial enderezada a la preservación de los derechos que se hallan en juego.

“Es claro que la restricción no surge del precepto constitucional ni del artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 (invocado expresamente por el artículo 2° del Decreto

306 de 1992), que se limita a reiterar la norma superior, sino que se introduce en la disposición reglamentaria con notorio exceso de la potestad correspondiente". (Corte Constitucional, Sentencia T-206/94, 26 de abril de 1994, Magistrado ponente, doctor *José Gregorio Hernández Galindo*).

Al analizar detenidamente el texto del artículo acusado (2° del Decreto 306 de 1991), claramente se advierte:

a) Que, de conformidad con el artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela protege exclusivamente los derechos fundamentales;

b) Que, como consecuencia de dicha regulación, estatuye igualmente: primero, que dicha acción no puede ser utilizada para hacer respetar derechos que solo tienen rango legal, y segundo, que tampoco puede ser utilizada para hacer respetar "las leyes, los decretos, los reglamentos o cualquiera otra norma de rango inferior".

De tales regulaciones, infiere la Sala que la destacada en el literal a) se acomoda con estricta fidelidad, tanto al texto del artículo 1° del Decreto 2591 de 1991 que reglamenta; como al del artículo 86 de la constitución política que es desarrollado por el artículo 1° antes citado, con lo cual se descarta la trasgresión que invoca el actor.

En lo concerniente a las consecuencias que se destacan en el literal b), advierte la Sala que la referente a que la acción de tutela no pueda ser utilizada para hacer respetar derechos que sólo tienen rango legal, es una inferencia lógica tanto del artículo 1° del Decreto 2591 de 1991, como del artículo 86 de la Carta Política; dado que éstos solamente autorizaron el ejercicio de la acción en forma exclusiva de los derechos constitucionales fundamentales, más no de los que son instituidos por normas de rango inferior como las legales.

En cuanto a que la acción de tutela no pueda ejercerse para hacer cumplir las leyes, los decretos, los reglamentos, o cualquiera otra norma de rango inferior, encuentra la Sala que tal exclusión tiene su sustento en el artículo 87 de la Constitución que consagra, en favor de toda persona, la acción de cumplimiento tendiente a hacer efectivo el cumplimiento de las leyes y de los actos administrativos.

No puede olvidarse a este respecto, que la norma reglamentaria no solamente debe acatar la ley que reglamenta, sino también otras leyes y, con mayor razón, las normas constitucionales, por virtud del principio de la jerarquía normativa que impera en el derecho colombiano con apoyo en los artículos 4° de la misma Constitución, 12 de la Ley 153 de 1887 y 240 del C. de R. P. y M.

Las anteriores reflexiones descartan la prosperidad de la censura que plantea el actor contra el artículo 2° acusado y justifica que la Sala disienta de la inaplicabilidad de los apartes del referido artículo que hizo la Corte Constitucional en la Sentencia número T-206 de 26 de abril de 1994.

## SECCION PRIMERA

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:

1°. DECLARASE NO PROBADA la excepción de cosa juzgada frente a los artículos 1° y 2° del Decreto 306 de 19 de febrero de 1992, propuesta por el señor apoderado del Ministerio de Gobierno.

2°. DECRETASE LA NULIDAD del artículo 1° del Decreto 306 del 19 de febrero de 1992, expedido por el Gobierno Nacional "por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

3°. DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

4°. DEVUELVASE al actor el depósito constituido para gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizado.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y publíquese en los anales del Consejo de Estado. Cúmplase.

Lo anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 1° de febrero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Hace mención de sustancia de la Carta Constitucional en sentencia C-531 de 11 de noviembre de 1993 y T-206 de 26 de abril de 1994.

## **CONSTITUCION POLITICA - Vigencia / INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE / PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL**

Lo primero que debe advertirse es que a pesar de que el Acuerdo número 002 de 1986, que contiene las disposiciones demandadas, es anterior a la expedición de la Constitución de 1991, cuyo artículo 13 se considera violado por el actor, el análisis de fondo es procedente en la medida en que el artículo 4° de la misma carta establece la prevalencia de las normas constitucionales sobre cualquiera otra norma jurídica, de tal manera que si las disposiciones acusadas fueran consideradas contrarias a la norma constitucional aducida, se presentaría el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, situación ante la cual la sala ha considerado viable la declaratoria de nulidad.

## **LEY GENERAL DE LA EDUCACION - Inaplicación / EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD / DERECHO A LA IGUALDAD - Violación / ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO ESTATAL - Ingreso SECTOR EDUCATIVO ESTATAL - Privilegio / HIJO DE EDUCADOR - Privilegio**

El artículo 186 de la Ley 115 de 1994, que consagra prioridad para el ingreso en los establecimientos educativos estatales de educación básica, media y superior, para los hijos del personal de educadores, directivos y administrativo del sector educativo estatal, en criterio de la sala también contraría el artículo 13 de la Carta Política. Lo anterior lleva a concluir que, con fundamento en el artículo 4° de la Constitución, que consagra la prevalencia de las normas constitucionales, todo lo cual se traduce en el poder del juez para aplicar la llamada excepción de inconstitucionalidad, debe la sala proceder en el presente caso a inaplicar el artículo 186 de la Ley 115 de 1994, que aduce como sustento la entidad demandada.

## **AUTONOMIA UNIVERSITARIA - Improcedencia / EDUCACION SUPERIOR - Admisión / UNIVERSIDAD - Ingreso**

Con menor razón puede servir de fundamento a las disposiciones analizadas los artículos 69 de la Constitución, 5° y 28 de la Ley 30 de 1992,

## SECCION PRIMERA

que consagran la autonomía universitaria y el acceso a la educación superior de acuerdo con los requisitos de admisión exigidos por las universidades, pues es evidente que si de acuerdo con la norma constitucional citada, la autonomía universitaria está condicionada a la ley, y la misma ley, como quedó visto, no puede violar sin fundamento justificado y razonable el principio de igualdad, con menor razón lo pueden hacer las autoridades administrativas, como la que expidió las disposiciones demandadas.

### UNIVERSIDAD DEL CAUCA - Ingreso / REGLAMENTO ESTUDIANTIL / DEPORTISTA - Privilegio / ACTIVIDAD DEPORTIVA - Fomento / LEY PARA EL FOMENTO DEL DEPORTE / UNIVERSIDAD - Cupo

Respecto del literal d) del artículo 15 del Acuerdo 002 reglamento estudiantil de la Universidad del Cauca, que incluye como caso especial para efectos de ingreso a "los deportistas que acrediten actuaciones destacadas en los tres primeros lugares, en competencias nacionales o internacionales oficialmente programadas". La sala encuentra que el artículo 52 de la Carta Política establece que el estado fomentará las actividades deportivas, disposición en la cual puede encontrarse, en consecuencia, el fin constitucionalmente lícito que exige la jurisprudencia para que sea justificado el establecimiento de un privilegio. Es así como en desarrollo a la citada norma constitucional, el congreso expidió la Ley 181 de 1995, por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, en cuyo artículo 43 se ordenó que "las universidades públicas o privadas establecerán mecanismos de estímulo que faciliten el ingreso de los deportistas colombianos con reconocimientos deportivos oficiales a sus programas académicos".

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor: *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Radicación número 3275.

Referencia: Expediente número 3275.

Actor: Juan Francisco Portillo Sierra.

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 Juan Francisco Portillo Sierra, en ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., contra el artículo 15 literales a, b, c y d, y contra los artículos 16, 17, 18 y 19 en cuanto se refieren a los literales a, b, c y d del artículo 15

del Acuerdo número 002 de 3 de febrero de 1986, “por el cual se expide el Reglamento Estudiantil de la Universidad del Cauca”, expedido por el Consejo Superior de dicha institución.

## I. ANTECEDENTES

### a. El acto acusado

Son los artículos citados del Acuerdo número 002 de 3 febrero de 1986, cuyo texto se transcribe a continuación:

“15. Se consideran casos especiales para efectos de ingreso, los siguientes:

“a. Hijos, cónyuge o compañera (o) permanente de profesor o de empleado de la Universidad del Cauca con un mínimo de cinco (5) años al servicio de la Institución.

“b. Hijos, cónyuge o compañera (o) permanente de ex profesor o de ex empleado de la Universidad del Cauca, siempre y cuando haya permanecido al servicio de la Institución por lo menos (10) años y no haya sido retirado unilateralmente por sanción disciplinaria.

“c. Profesores y empleados administrativos que se encuentren vinculados con más de cinco (5) años de servicio a la Institución, siempre y cuando el desarrollo del programa académico no interfiera con la jornada normal de trabajo.

“d. Deportistas que acrediten actuaciones destacadas en los tres (3) primeros lugares, en competencias nacionales o internacionales oficialmente programadas”.

“e ...

“16. Sobre el cupo establecido por el Consejo Académico para el primer período de carrera en cada programa se fija un 20% adicional destinado a la admisión de las personas inscritas como casos especiales contemplados en los literales a, b y c del artículo anterior. El Consejo Académico definirá, para cada admisión y según la disponibilidad de recursos de las facultades, otro porcentaje adicional para los casos contemplados en los literales d y e”.

“17. Se establece como requisito de admisión para los casos especiales acreditar un puntaje ponderado igual o superior al mínimo exigido por el programa”.

“18. La adjudicación de cupos de admisión para los casos especiales contemplados en los literales a, b, c y d del artículo 15 se hará a los aspirantes que acrediten los mejores puntajes ponderados. Los casos contemplados en el literal e) se adjudicarán a los aspirantes que acrediten los mejores puntajes ponderados de cada región”.

## SECCION PRIMERA

“19. Las calidades exigidas en este Reglamento para los casos especiales se comprobarán mediante certificaciones expedidas por la Oficina competente y las pruebas legales del correspondiente estado civil expedidas por el funcionario respectivo”.

### b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación.

La parte actora considera que con la expedición del acto acusado se violó el artículo 13 de la Constitución Política, por las razones que pueden resumirse así (fls. 17 a 20):

El artículo 13 de la Carta consagra el derecho fundamental de la igualdad, según el cual todas las personas nacen libres e iguales ante la ley; por lo tanto, todas gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Ser familiar de profesores o ex profesores y de empleados o ex empleados de la Universidad del Cauca “... no hace acreedores a los bachilleres aspirantes a ingresar a dicho centro, a gozar de beneficios que en el fondo no tienen razón de ser, si miramos la filosofía de un Estado Social y de Derecho que pretende dar igualdad a todos, e indica la prevalencia del interés general”.

De otra parte, el artículo 13 en mención guarda conexidad con normas internacionales sobre declaraciones universales de derechos humanos, mencionados en el artículo 93 de la Constitución.

El ser familiar de un profesor no constituye ningún mérito académico; el Estado ha consagrado las pruebas del Icfes como única manera de seleccionar a los bachilleres que aspiran a ingresar a la universidad. Regalar el 20% como puntaje adicional a un aspirante por tener vínculos de parentesco es algo que no se encuentra acorde con el concepto de democracia en un Estado Social de Derecho.

Respecto de los deportistas debe decirse que se les podría premiar con una beca total o parcial, pero es indigno que se les regale un puntaje frente a los demás bachilleres, pues con ello se ofenden los derechos fundamentales individuales, contrariando la Constitución que defiende y protege a la persona por encima de otros intereses, como puede ser la vanidad de una institución educativa que se precie de tener en sus cursos campeones deportivos.

Agrega además que la Constitución protege a los marginados y por ello no se considera inconstitucional el literal e) del artículo 15 del reglamento estudiantil, pero el Consejo Superior está en mora de dilucidar este tema. El concepto de marginalidad debe obedecer a criterios científicos producto de investigación de sociólogos, tal y como se hace en la Universidad Nacional de Colombia, donde por ejemplo sí se da cabida a los bachilleres provenientes de los resguardos indígenas.

c. Las razones de la defensa

El apoderado de Universidad del Cauca (fls. 53 a 56) manifiesta que la violación al artículo 13 de la Carta es una apreciación eminentemente subjetiva y por consiguiente no aceptable, que debe ser probada por el actor.

Al parecer, la acción del actor es una retaliación contra la Universidad al haber sido excluido de ella por bajo rendimiento académico y haber perdido ante la misma siete tutelás impetradas por los más diversos motivos baladíes, en franca burla y abuso de la instancia jurisdiccional.

La Constitución Política en su artículo 69 consagró la autonomía universitaria para que las instituciones puedan darse sus directrices y regirse por sus propios estatutos de acuerdo con la ley.

Por su parte, el Decreto 2277 de 1979 “por el cual se adoptan normas sobre el ejercicio de la profesión docente” estableció en su artículo 1º el ámbito de aplicación de la norma así: “El presente decreto establece el régimen especial para regular las condiciones de ingreso, ejercicio, estabilidad, ascenso y retiro de las personas que desempeñan la profesión docente en los distintos niveles y modalidades que integran el Sistema Educativo Nacional, excepto el nivel superior que se regirá por las normas especiales”.

El Decreto-ley 80 de 1980 en el título tercero capítulo VI que reglamenta las situaciones del personal docente, previó la exoneración de los derechos de matrícula para los docentes de las instituciones oficiales de educación superior, sus cónyuges e hijos.

La Ley 30 de 1992 por la cual se organiza el servicio público de la educación superior nada dijo sobre exención o beneficio alguno para los profesores, cónyuges e hijos.

La “Ley General de Educación” (Ley 115 de 1994) en su artículo 1º dispuso que la educación superior sería regulada por ley especial, excepto lo dispuesto en esa misma ley.

El artículo 186 *ibidem* ordena que los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal, tendrán prioridad para el ingreso y estudio gratuito, entre otros, en los establecimientos de educación superior.

La Ley 115 de 1994 es aplicable a los centros de educación superior en todo aquello que no reguló la Ley 30 de 1992; uno de estos aspectos es el concerniente al ingreso prioritario y estudio gratuito para los hijos del personal que labora en el sector educativo.

Dicha ley establece prioridad para el ingreso y estudio gratuito en forma general sin más especificaciones. Lo cual significa que existen beneficios que no han sido derogados expresamente. Esa prioridad existe, máxime cuando en materia de ingreso a los programas académicos los aspirantes deben cumplir unos requisitos mínimos para tener derecho a ellos.

## SECCION PRIMERA

Las Universidades tienen la competencia para regular asuntos como el aquí tratado (Ley 30 de 1992) que se fundamenta en el principio constitucional de la Autonomía Universitaria.

El artículo 5° de la citada Ley 30, señala que la educación superior será accesible a quienes demuestren cumplir con los requisitos exigidos; por su parte, el artículo 28 *ibidem* consagra la autonomía universitaria emanada de la Constitución Política, para que las universidades puedan, entre otros derechos, admitir a sus alumnos.

Se presenta el interrogante de si estas normas vulneran la Carta y por lo tanto debe aplicarse la excepción de inconstitucionalidad o si por el contrario dichas normas pueden armonizarse entre sí.

El canon constitucional consagra la autonomía universitaria (artículo 69) pero con restricciones, siendo esta limitante la ley.

A diferencia del Decreto-ley 80 de 1980, la Ley 30 de 1992 eliminó el artículo que consagraba el acceso a la universidad en igualdad de condiciones, sin limitaciones en cuanto a consideraciones de raza, credo, sexo o condición económica y social, y estableció en su artículo 4° el acceso a la educación para quienes demuestren poseer las condiciones exigidas en cada caso.

Si bien es cierto la Constitución otorga autonomía universitaria, dicha autonomía debe supeditarse a las normas legislativas que se expidan.

La Ley 30 de 1992 y la Ley 48 de 1993 son normas vigentes y de forzoso cumplimiento.

El acuerdo demandado no viola la Constitución en cuanto se refiere a la autonomía universitaria, dado que la universidad en ejercicio de este principio puede determinar un cupo adicional al ordinario para estos aspirantes, al igual que para los marginados, indígenas y bachilleres que hayan prestado el servicio militar, acorde con la Ley 48 de 1993.

Aceptar que lo demandado viola el artículo 13 de la Carta Política, implicaría aceptar que los tres eventos anteriormente referidos también lo hacen.

Es de observar que el Consejo Académico de la Universidad del Cauca, previa solicitud y recomendación de los Consejos de Facultad fija unos cupos ordinarios y sobre éstos adiciona un cupo para los casos especiales previstos en las leyes y demás normas anotadas.

### 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 26 de abril de 1995 se admitió la demanda, se ordenó darle el trámite correspondiente y se denegó la solicitud de suspensión provisional de los efectos de las normas acusadas (fl. 26).

Dentro del término de traslado para alegar de conclusión, las partes no hicieron uso de tal derecho.

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación expresa que la normatividad básica en el proceso de admisión de aspirantes a la Universidad del Cauca consagra dos modalidades para los interesados frente a los cupos establecidos para los programas académicos: la primera, respecto de los bachilleres cuyo único nexos con la universidad es el deseo de prepararse, y la segunda, respecto de los bachilleres que gozan del privilegio de ser hijos de personal educador y administrativo, reservándose para estos últimos un 20% de cupos adicionales sobre el cupo ordinario establecido por el Consejo Académico para el primer período de cada carrera, al igual que para los deportistas que acrediten actuaciones destacadas.

El reglamento acusado fue expedido con anterioridad a la Constitución de 1991, a la normatividad por la cual se organiza el servicio público de la educación superior (Ley 30 de 1992) y a la Ley 115 de 1994, pudiéndose predicar entonces la posible infracción a las normas en que debería fundarse o a la anulación por causa legal sobreviniente.

El Consejo Superior de la Universidad del Cauca en ejercicio de las atribuciones conferidas en el artículo 59 del Decreto-ley 80 de 1980, expidió el Acuerdo número 03 de 1981 que rige la administración y funcionamiento de dicho centro docente. En su artículo 15 atribuyó al Consejo Superior la función de expedir el reglamento estudiantil de conformidad con las normas legales vigentes.

Con base en la anterior normatividad, el Consejo superior expidió el acto demandado.

La Ley 30 de 1992 (artículos 28 y 29) faculta a las universidades para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos. El artículo 109 *ibidem* prevé que las instituciones de educación superior deberán tener un reglamento estudiantil que regule los requisitos de inscripción, admisión y matrícula, derechos y deberes, distinciones e incentivos, régimen disciplinario y demás aspectos académicos.

A su turno, el artículo 186 de la Ley 115 de 1994 establece que los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal, tendrán prioridad para el ingreso y estudio en los establecimientos de educación básica media y superior.

Finalmente, el señor Agente del Ministerio Público transcribe unos apartes de la sentencia T-098 de 7 de marzo de 1994 de la Corte Constitucional que versa sobre el artículo 13 de la Carta Política, solicitando que con fundamento en ésta y en la

## SECCION PRIMERA

normatividad a que hizo referencia en su alegato, se denieguen las pretensiones de la demanda.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Lo primero que debe advertirse es que a pesar de que el Acuerdo número 002 de 1986, que contiene las disposiciones demandadas, es anterior a la expedición de la Constitución de 1991, cuyo artículo 13 se considera violado por el actor, el análisis de fondo es procedente en la medida en que el artículo 4° de la misma Carta establece la prevalencia de las normas constitucionales sobre cualquiera otra norma jurídica, de tal manera que si las disposiciones acusadas fueran consideradas contrarias a la norma constitucional aducida, se presentaría el fenómeno de la inconstitucionalidad sobreviniente, situación ante la cual la Sala ha considerado viable la declaratoria de nulidad.

El contenido de la norma constitucional que se considera violada es el siguiente:

“Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión política o filosófica.

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

En relación con el derecho a la igualdad consagrado en la norma constitucional citada y que se considera violada, encuentra conveniente la Sala hacer referencia a algunos razonamientos de la Corte Constitucional que pueden servir de marco para la decisión que debe adoptarse en el presente proceso. En ese orden de ideas ha dicho la Corte:

“La garantía de acceso al sistema educativo no consiste, pues, en que todo aspirante deba ser admitido, ni en la ausencia de criterios de selección, sino en la posibilidad de llegar a ser aceptado en igualdad de condiciones con los demás aspirantes y dentro de las reglas de juego predeterminadas por el mismo establecimiento. En el fondo, estamos ante un desarrollo especial del principio de igualdad plasmado en el artículo 13 de la Carta, que incorpora un derecho fundamental de todas las personas a gozar del mismo trato y protección, de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

La transgresión al régimen propio de una entidad educativa para favorecer a determinados aspirantes en detrimento de otros implica abierta violación del de-

recho a la igualdad y simultáneamente, respecto de los discriminados, desconocimiento del derecho de acceso a la institución académica” (Sentencia número T-002/94, enero 13 de 1994, expediente número T-22312).

“La igualdad en sus múltiples manifestaciones –igualdad ante la ley, igualdad de trato, igualdad de oportunidades–, es un derecho fundamental de cuyo respeto depende la dignidad y la realización de la persona humana. Las normas que otorgan beneficios, imponen cargas u ocasionan perjuicios a personas o grupos de personas de manera diversificada e infundada contrarían el sentido de la justicia y del respeto que toda persona merece. La discriminación, en su doble acepción de acto o resultado, implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, sin que para ello exista justificación objetiva y razonable.

“...

“... el acto de discriminación no sólo se concreta en el trato desigual e injustificado que la ley hace de personas situadas en igualdad de condiciones. También se manifiesta en la aplicación de la misma por las autoridades administrativas cuando, pese a la irrazonabilidad de la diferenciación, se escudan bajo el manto de la legalidad para consumir la violación del derecho a la igualdad” (Sentencia N° T-098/94, marzo 7/94, expediente número T-23023).

“... La igualdad consiste en que no pueden establecerse privilegios ni, por ende, discriminaciones, por parte de la Administración pública, la cual, por excelencia, debe siempre obrar con objetividad, y no puede estar legitimada para hacer discriminaciones de ninguna índole, otorgando privilegios, prerrogativas o excepciones a las personas naturales o jurídicas que tienen que tratar con ella” (Sentencia N° C-216/94, del 28 de abril de 1994, expediente N° D-435).

“El trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada.

“...

“Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado debe probar tres elementos: 1. Empírico; que se trate de casos diferentes; 2. Normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valoratorio: que la medida adoptada sea adecuada –razonable– a la

## SECCION PRIMERA

luz de los principios y valores constitucionales”. (Sentencia N° T-230/94, mayo 13 de 1994, expediente T-28319).

“El principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa, cuya actuación queda entonces sometida a un control de constitucionalidad que debe tomar en cuenta la igualdad como parámetro para enjuiciar la correspondencia de las leyes con el Estatuto Superior. El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito” (Sentencia N° C-410/94, septiembre 15 de 1994. Expediente N° D-517).

“Un trato diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos, y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de tal objetivo” (Sentencia C-527/94, noviembre 18 de 1994, Expediente número D-613).

“... La Corte ha venido aplicando un test de igualdad a partir del cual determina la existencia o no de discriminación. Según este examen, el análisis de igualdad comprende un aspecto fáctico en el que se estudia la similitud de los hechos, un elemento teleológico en el que se revisa el fin aducido por la norma y, por último, un estudio de razonabilidad en el cual se evalúa la relación entre el fin buscado y el medio utilizado” (Sentencia número T-563/94, diciembre 6° de 1994, Expediente T-42719).

Teniendo como punto de referencia el marco constitucional y jurisprudencial descrito, la Sala llega a las siguientes conclusiones en relación con las disposiciones demandadas:

1. Los literales a y b del artículo 15 del Acuerdo número 002 de 1986, al establecer como “casos especiales para efectos de ingreso” a la Universidad el de los hijos, cónyuge o compañera (o) permanente de un profesor o empleado o de un ex profesor o ex empleado de la misma Universidad, están consagrando un privilegio para unas personas por razón de su origen familiar, lo cual es claramente contrario al artículo 13 de la Constitución Política, que se aduce como violado y que ordena perentoriamente dar la misma protección y trato a todas las personas para que ellas gocen de los mismos derechos, libertades y oportunidades, sin ninguna discriminación por razones, entre otras, del citado origen familiar.

Al respecto, en este momento procesal definitivo para dictar sentencia con base en todos los elementos de juicio recaudados dentro del proceso, la Sala considera que no es viable mantener la idea expresada en el auto mediante el cual se negó la suspensión provisional de estas disposiciones, en el sentido de que la violación de la norma constitucional no se daría en la medida en que el citado privilegio no se traduciría en una discriminación de las personas que no tienen ese origen familiar “pues de confor-

midad con el artículo 16 del acuerdo acusado, para los citados casos especiales se debe fijar un cupo adicional al establecido para ingreso al primer período de cada carrera, por lo cual las personas que no se ubican dentro de las condiciones de esos casos especiales no se ven afectadas en cuanto a su trato por parte de las autoridades”.

En efecto, un análisis más sustancial de la situación planteada lleva a la Sala a concluir que la consagración del privilegio por sí misma implica una discriminación de las personas que no tienen el origen familiar a que se refiere la norma, pues independientemente de que existan dos grupos de cupos, uno para quienes tienen el vínculo familiar y otros para quienes no lo tienen, de allí resulta que los últimos son sometidos por la norma a una competencia más gravosa que los primeros para lograr su aspiración de ingreso a la Universidad.

De otra parte, la anterior conclusión no puede entenderse desvirtuada por las normas que en su defensa aduce la entidad demandada, por las siguientes razones:

a. El artículo 186 de la Ley 115 de 1994, que consagra prioridad para el ingreso en los establecimientos educativos estatales de educación básica, media y superior, para los hijos del personal de educadores, directivo y administrativo del sector educativo estatal, en criterio de la Sala también contraría el artículo 13 de la Carta Política, por las mismas razones aducidas anteriormente, ya que según lo ha precisado la Corte Constitucional, “el principio de igualdad vincula a todos los poderes públicos y en especial a la rama legislativa... El legislador, en consecuencia, está obligado a observar el principio, de modo que las diferencias normativas por él establecidas encuentren un fundamento justificado y razonable y por otra parte, se orienten a la consecución de un fin constitucionalmente lícito” (Sentencia N° C-410/94).

En efecto, no encuentra la Sala que la prioridad o privilegio establecido en la ley tenga fundamento justificado y razonable, orientado a la consecución de un fin constitucionalmente lícito, como sería, por ejemplo, la búsqueda de condiciones de igualdad real y efectiva en favor de grupos discriminados o marginados, o la protección de personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, a los cuales se refiere expresamente el mismo artículo 13 de la Carta para justificar medidas especiales en favor de esos grupos de personas.

Lo anterior lleva a concluir que, con fundamento en el artículo 4° de la Constitución, que consagra la prevalencia de las normas constitucionales sobre las demás normas jurídicas incluida la ley, y, por consiguiente la aplicación preferente de las normas constitucionales, todo lo cual se traduce en el poder del juez para aplicar la llamada excepción de inconstitucionalidad, debe la Sala proceder en el presente caso a inaplicar el artículo 186 de la Ley 115 de 1994, que aduce como sustento la entidad demandada.

b) De acuerdo con los argumentos expresados anteriormente, con menor razón pueden servir de fundamento a las disposiciones analizadas los artículos 69 de la

## SECCION PRIMERA

Constitución, 5° y 28 de la Ley 30 de 1992, que consagran la autonomía universitaria y el acceso a la educación superior de acuerdo con los requisitos de admisión exigidos por las universidades, pues es evidente que si de acuerdo con la norma constitucional citada, la autonomía universitaria está condicionada a la ley, y la misma ley, como quedó visto, no puede violar sin fundamento justificado y razonable el principio de igualdad, con menor razón lo pueden hacer las autoridades administrativas, como la que expidió las disposiciones demandadas.

Por lo tanto, es procedente la inaplicación del artículo 186 de la Ley 115 de 1994 y la declaratoria de nulidad de los literales analizados en este punto, así como de las demás normas acusadas en cuanto se refieren a los citados literales.

2. En relación con el literal c) del artículo 15 del Acuerdo demandado, la Sala encuentra que establece un privilegio para los aspirantes basado directamente en la calidad de profesor o empleado administrativo del aspirante, es decir, que no se fundamenta en el vínculo familiar, sin que ninguno de los argumentos de la demanda ataque realmente este privilegio, lo que quiere decir que fue demandado pero no se incluyeron en la demanda razones que contengan el presunto concepto de la violación, razón por la cual la Sala debe declararse inhibida para hacer un pronunciamiento sobre esta norma.

3. Respecto del literal d) del artículo 15 del Acuerdo demandado, que incluye como caso especial para efectos de ingreso a “los deportistas que acrediten actuaciones destacadas en los tres primeros lugares, en competencias nacionales o internacionales oficialmente programadas” y cuya violación el demandante sustenta someramente en que es indigno que se les regale un puntaje frente a los demás bachilleres, pues con ello se ofenden los derechos fundamentales individuales, contrariando la Constitución que defiende y protege a la persona por encima de otros intereses, encuentra la Sala que allí se consagra, igualmente un privilegio para los citados deportistas, sin que la parte demandada haya aducido ningún fundamento para su defensa.

No obstante lo anterior, frente al marco constitucional objeto de análisis, la Sala encuentra que el artículo 52 de la Carta Política establece que el Estado fomentará las actividades deportivas, disposición en la cual puede encontrarse, en consecuencia, el fin constitucionalmente lícito que exige la jurisprudencia para que sea justificado el establecimiento de un privilegio. Es así como en desarrollo a la citada norma constitucional, el Congreso expidió la Ley 181 de 1995, por la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, en cuyo artículo 43 se ordenó que “las universidades públicas o privadas establecerán mecanismos de estímulo que faciliten el ingreso de los deportistas colombianos con reconocimientos deportivos oficiales a sus programas académicos”

A lo anterior, debe adicionarse que la Sala encuentra razonable la medida adoptada para buscar ese fin, como es el hecho de que el Consejo Académico definirá “según la disponibilidad de recursos de las facultades”, un porcentaje adicional de ingreso para este grupo (art. 16 del Acuerdo demandado); que los aspirantes deben

acreditar actuaciones destacadas en los tres primeros lugares en competencias nacionales o internacionales oficialmente programadas (literal d. del artículo 15); que deben acreditar un puntaje ponderado igual o superior al mínimo exigido por el programa (art. 16); y que la adjudicación de cupos de admisión se hará a los aspirantes que acrediten los mejores puntajes ponderados.

Por lo tanto, este cargo no prospera.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, a través de su sección primera, oído previamente el concepto del Ministerio Público, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

Primero. INAPLICASE en el presente caso el artículo 186 de la Ley 115 de 1994.

Segundo. DECLARASE la nulidad de los literales a. y b. del artículo 15 del Acuerdo número 002 de 3 de febrero de 1986, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca.

Tercero. DECLARASE la nulidad de los artículos 16, 17, 18 y 19 del citado Acuerdo, en cuanto se refieren a los literales a. y b. Del artículo 15 del mismo acuerdo.

Cuarto. DECLARASE inhibido para hacer un pronunciamiento de fondo en relación con la solicitud de nulidad del literal c. del artículo 15 del acuerdo citado.

Quinto. DENIEGANSE las demás pretensiones de la demanda.

Sexto. 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 ocho de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Presidente; *Rodrigo Ramírez González*, aclara voto, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Manuel S. Urueta Ayola*.

**NOTA DE RELATORIA:** Menciona las siguientes sentencias de la Corte Constitucional sobre el derecho a la igualdad: T-002/94 de enero 13; T-098 del 7 de marzo de 1994; C-216 del 28 de abril de 1994; T-230 del 13 de mayo de 1994, C-410 de septiembre 15 de 1994; C-527 del 18 de noviembre de 1994 y 563 del 6 de diciembre de 1994.

## DERECHO A LA IGUALDAD / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / ACCION DE NULIDAD / DEBILIDAD MANIFIESTA

Para el suscrito Consejero, la distinción establecida en el fallo al acogerse la solicitud de nulidad, respecto a dos de los casos especiales, y denegarse, respecto a los otros dos, no consulta el espíritu de igualdad preconizado en el artículo 13 de la Carta en cuanto al goce de los mismos derechos, libertades y oportunidades. Se separa igualmente de lo prescrito en el inciso segundo del mismo artículo en cuanto a la obligación del Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”; y no se concilia con la voluntad constitucional de proteger, especialmente, según el inciso tercero, *ibidem*, “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. No puede pensarse que el ser profesor universitario, empleado administrativo o deportista constituya una circunstancia de debilidad manifiesta en comparación con sus hijos, cónyuges o compañeras a quienes sí se suprime la calidad de casos especiales para efectos de ingreso”.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince de febrero de mil novecientos noventa y seis.

Aclaración de voto del doctor *Rodrigo Ramírez González*.

Radicación número 3275.

Referencia: Autoridades departamentales.

Actor: Juan Francisco Portillo Sierra.

Con el debido respeto por la decisión tomada por la Sala en el asunto de la referencia, decisión que, en general, comparto, me tomo licencia para aclarar mi voto en lo que concierne al punto que seguidamente expongo:

Con fundamento en el artículo 13 de la Constitución Política, según el cual, “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección

y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. ...”, la sentencia aprobada por la Sala decretó la nulidad de los literales a. y b. del artículo 15 del Acuerdo número 002 de 3 de febrero de 1986, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, y de los artículos 16, 17, 18 y 19 del mismo acuerdo en lo que hacen referencia a aquellos numerales.

En las normas declaradas nulas, se consideraba como caso especial, para efectos de ingreso a la universidad, con la prerrogativa de la fijación de un porcentaje adicional en el cupo para facilitar dicho ingreso, el ostentar la calidad de hijo, cónyuge o compañera permanente de profesores o ex profesores, empleados o ex empleados de la Institución, de acuerdo con el tiempo de servicio allí estipulado.

En la demanda se había solicitado la declaratoria de nulidad, además de las normas mencionadas, la de los literales c. y d. del mismo acuerdo en los que se cobija, con la misma medida favorable, a los profesores y empleados administrativos que se encuentren vinculados con más de cinco años de servicio a la Institución y a los “deportistas que acrediten actuaciones destacadas en los tres (3) primeros lugares, en competencias nacionales o internacionales oficialmente programadas”.

Para el suscrito Consejero, la distinción establecida en el fallo al acogerse la solicitud de nulidad, respecto a dos de los casos especiales, y denegarse, respecto a los otros dos, no consulta el espíritu de igualdad preconizado en el artículo 13 de la Carta en cuanto al goce de “los mismos derechos, libertades y oportunidades”. Se separa igualmente de lo prescrito en el inciso segundo del mismo artículo en cuanto a la obligación del Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”; y no se concilia con la voluntad constitucional de proteger, especialmente, según el inciso tercero, *ibidem*, “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. No puede pensarse que el ser profesor universitario, empleado administrativo o deportista constituya una circunstancia de debilidad manifiesta en comparación con sus hijos, cónyuges o compañeras a quienes sí se suprime la calidad de casos especiales para efectos de ingreso.

La razón que se expone en la sentencia para no haberse declarado la nulidad del literal c. Del artículo 15 es la de que ninguno de los argumentos de la demanda ataca realmente este privilegio, “lo que quiere decir que fue demandado pero no se incluyeron en la demanda razones que contengan el presunto concepto de la violación”.

Reiterando el respeto que me merece la decisión de la Sala, me permito considerar que, tratándose de una acción de simple nulidad ha debido primar, como lo exige la

## SECCION PRIMERA

Carta, la prevalencia del derecho sustancial, artículo 228 la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13) y el aseguramiento de la justicia, la igualdad y el conocimiento (preámbulo).

Atentamente,

*Rodrigo Ramírez González*, Consejero de Estado.

y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. ...”, la sentencia aprobada por la Sala decretó la nulidad de los literales a. y b. del artículo 15 del Acuerdo número 002 de 3 de febrero de 1986, expedido por el Consejo Superior de la Universidad del Cauca, y de los artículos 16, 17, 18 y 19 del mismo acuerdo en lo que hacen referencia a aquellos numerales.

En las normas declaradas nulas, se consideraba como caso especial, para efectos de ingreso a la universidad, con la prerrogativa de la fijación de un porcentaje adicional en el cupo para facilitar dicho ingreso, el ostentar la calidad de hijo, cónyuge o compañera permanente de profesores o ex profesores, empleados o ex empleados de la Institución, de acuerdo con el tiempo de servicio allí estipulado.

En la demanda se había solicitado la declaratoria de nulidad, además de las normas mencionadas, la de los literales c. y d. del mismo acuerdo en los que se cobija, con la misma medida favorable, a los profesores y empleados administrativos que se encuentren vinculados con más de cinco años de servicio a la Institución y a los “deportistas que acrediten actuaciones destacadas en los tres (3) primeros lugares, en competencias nacionales o internacionales oficialmente programadas”.

Para el suscrito Consejero, la distinción establecida en el fallo al acogerse la solicitud de nulidad, respecto a dos de los casos especiales, y denegarse, respecto a los otros dos, no consulta el espíritu de igualdad preconizado en el artículo 13 de la Carta en cuanto al goce de “los mismos derechos, libertades y oportunidades”. Se separa igualmente de lo prescrito en el inciso segundo del mismo artículo en cuanto a la obligación del Estado de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva”; y no se concilia con la voluntad constitucional de proteger, especialmente, según el inciso tercero, *ibidem*, “a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”. No puede pensarse que el ser profesor universitario, empleado administrativo o deportista constituya una circunstancia de debilidad manifiesta en comparación con sus hijos, cónyuges o compañeras a quienes sí se suprime la calidad de casos especiales para efectos de ingreso.

La razón que se expone en la sentencia para no haberse declarado la nulidad del literal c. Del artículo 15 es la de que ninguno de los argumentos de la demanda ataca realmente este privilegio, “lo que quiere decir que fue demandado pero no se incluyeron en la demanda razones que contengan el presunto concepto de la violación”.

Reiterando el respeto que me merece la decisión de la Sala, me permito considerar que, tratándose de una acción de simple nulidad ha debido primar, como lo exige la

## SECCION PRIMERA

Carta, la prevalencia del derecho sustancial, artículo 228 la igualdad de todas las personas ante la ley (art. 13) y el aseguramiento de la justicia, la igualdad y el conocimiento (preámbulo).

Atentamente,

*Rodrigo Ramírez González*, Consejero de Estado.

**PRODUCTOS AGROPECUARIOS / IMPORTACIONES / EXPORTACIONES / LIBERTAD ECONOMICA – Limitaciones / INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA**

Si bien es cierto que el artículo 3° de la Ley 7ª de 1991 consagra el principio de libertad en las importaciones y exportaciones de bienes, tecnología y servicios, no lo es menos que tal disposición es clara en señalar que dicha libertad es limitada, cuando a continuación prevé: “EN CUANTO LO PERMITAN LAS CONDICIONES COYUNTURALES DE LA ECONOMIA”. No basta afirmar que las medidas adoptadas en el Decreto 2439 de 1994 y resolución acusados restringen el régimen de libertad que preconiza la Carta Política en su artículo 333 y la referida ley, con violación de estos textos y de los artículos 150, numeral 19 y 189, numeral 25 de la Carta Política, sino que es menester que aparezca demostrado que las condiciones de la economía que motivaron la expedición de aquéllos no eran coyunturales y por lo mismo no ameritaban tales medidas. Conforme al artículo 334 de la Carta Política, el Estado debe intervenir, por mandato de la ley, entre otros aspectos, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, dentro de los cuales no puede sustraerse la actividad agropecuaria, a fin de racionalizar la economía, ello en armonía con el artículo 65 *ibidem*, que impone al Estado la protección de los alimentos a fin de incrementar su productividad. En el presente caso el artículo 6° de la Ley 101 de 1993, que desarrolla el artículo 65 de la Carta Política, autoriza al Gobierno Nacional para expedir las reglamentaciones sobre las políticas relacionadas con la actividad económica en general y particularmente para otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales y su comercialización.

**MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – Facultades / SECTOR AGROPECUARIO - Políticas / INTERNACIONALIZACION DE LA ECONOMIA / PRODUCCION DE ALIMENTOS - Protección / PRODUCCION NACIONAL - Protección / MATERIA PRIMA / CUOTA DE ABSORCION / IMPORTACION - Vistos Buenos**

## SECCION PRIMERA

El artículo 4° del Decreto 1279 de 1994 faculta al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para, entre otras funciones, fijar las políticas para el desarrollo del sector agropecuario y adecuarlo a la internacionalización de la economía, otorgar especial protección a la producción de alimentos, elevar la eficacia y competitividad de los productos agrícolas y establecer los fondos de estabilización de precios de los mismos y determinar la política de precios de dichos productos, etc. El artículo 4°, literal ñ) *ibidem* atribuye al citado Ministerio la función de fijar las reglas a las que debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por parte de la industria y condicionar el establecimiento de vistos buenos de importación en cumplimiento con los convenios que han de celebrar los interesados en relación con tales cuotas de absorción. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, está facultado constitucional y legalmente para expedir las reglamentaciones sobre las políticas relacionadas con la actividad económica en general y dentro de las mismas bien puede señalar requisitos para el otorgamiento de vistos buenos para la importación de los productos cuya posición arancelaria indica en el artículo 1° del decreto demandado, sin que se advierta del texto de las disposiciones analizadas el imperioso establecimiento de excepciones que exoneren el cumplimiento de tales requisitos.

### PRINCIPIO DE IGUALDAD / ESTADO - Objetivos / ACTIVIDAD AGRICOLA / INTERVENCION ECONOMICA

En tratándose del principio de igualdad, la Corte Constitucional en Sentencia C-527 del 18 de noviembre de 1994 consideró y la Sala lo prohija, que un trato diferente no implica automáticamente una violación de dicho principio, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución del referido objetivo. Tal es el caso de los objetivos legítimos que al Estado le asisten de proteger especialmente la producción de alimentos, por mandato del artículo 65 de la Carta Política, en virtud del cual debe otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como de intervenir, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, como lo ordena el artículo 334 *ibidem*, que justifica las medidas adoptadas en los actos administrativos adecuados.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3220.

Acción: Nulidad.

Actora: *Adriana Polidura Castillo*.

La ciudadana Adriana Polidura Castillo, obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C. C. A., ha presentado demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del Decreto número 2439 de 2 de noviembre de 1994, “por el cual se establecen mecanismos de control a las importaciones de algunos productos agropecuarios”, expedido por el Gobierno Nacional y de los artículos 1° a 7° de la Resolución número 00756 de 17 de noviembre de 1994, “por la cual se expide la reglamentación para el otorgamiento de los vistos buenos para la importación de algunos productos agropecuarios y se dictan otras disposiciones”, expedida por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

### I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En apoyo a sus pretensiones la actora adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1°. Las normas acusadas violan los artículos 333 de la Constitución Política, 1°, 2°, numeral 8° y 3° de la Ley Marco de Comercio Exterior (7ª de 1991, ya que quebrantan todos los postulados de la libre competencia, se apartan del principio de la libertad de comercio internacional, eliminan fuerzas naturales del mercado y significan un verdadero retroceso en materia económica hacia el sistema de planificación económica centralizado, que muy lejos está de elevar la eficiencia y competitividad de los productos agrícolas y de adecuar el sector agropecuario a la internacionalización de la economía.

El otorgamiento de vistos buenos, que supone el cumplimiento de cuotas de absorción y la suscripción de convenios, expresamente prohibidos por el Decreto-ley 2153 de 1992, dan lugar a la fijación de precios, repartición de mercados, asignación de cuotas de producción y suministro y a la asignación, repartición y limitación de fuentes de abastecimiento de los insumos productivos, cuya suscripción por parte de la industria resulta obligatoria, a pesar de no existir norma que obligue a las particulares a firmar estos convenios.

Las normas acusadas irrespetaron los principios consagrados en la Ley Marco, pues el régimen de libertad previsto en ella, en cuanto a importaciones, quedó convertido en un régimen de restricción y control que sólo puede imponerse a través de leyes de intervención económica, con carácter eminentemente transitorio y con la debida exposición de las condiciones coyunturales de la economía que ameriten su establecimiento.

Se violó el artículo 333 de la Carta Política al otorgar las normas acusadas validez a la celebración de acuerdos que claramente limitan la libre competencia econó-

## SECCION PRIMERA

mica y que distorsionan y desnaturalizan el sistema económico y al establecer el otorgamiento de vistos buenos que limitan la libertad económica, sin que exista una ley que lo justifique o normas expedidas en desarrollo de la Ley Marco, transitorias, que se fundamenten en situaciones coyunturales de la economía que pretendan superarse.

La aberrante violación del artículo 333 de la Carta Política se puede observar en el “Convenio Marco para la Absorción y el Suministro de la Producción Nacional de Aceite de Palma Africana”, que se anexa a la demanda, suscrito entre la Federación Nacional de Cultivadores de Palma de Aceite, Fedepalma y un poderoso grupo de industriales procesadores de grasas.

En las cláusulas del mismo los firmantes se sujetan al visto bueno del Ministerio de Agricultura.

Mientras el Congreso de la República expide la Ley Marco de Comercio Exterior previendo la mayor libertad posible, el Gobierno Nacional expide normas dejando inoperante la garantía constitucional y los preceptos de la Ley 7ª de 1991.

2°. Los actos acusados violan el artículo 150, numeral 21 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 333, incisos inicial y final y 334 *ibidem*.

En efecto, las previsiones contenidas en dichos preceptos se han convertido en letra muerta mediante la creación de un sistema de vistos buenos, sin que hubiese mediado una ley expedida por el Congreso que ordenara una intervención en la economía, dirigida a cambiar el régimen de libertad económica previsto en la Ley 7ª de 1991 y sin que las limitaciones al ejercicio de la libertad económica estuviesen fundamentadas en razones de interés social, patrimonio cultural de la Nación o medio ambiente, señaladas en la Ley.

Por el contrario, estas restricciones fueron establecidas mediante normas que, dictadas con el pretexto de desarrollar la Ley Marco de Comercio Exterior, consagran límites a la libertad económica que lleva a una verdadera intervención económica sin que medie ley dictada por el Congreso en tal sentido.

3°. Los actos acusados violan el artículo 13 de la Constitución Política, pues del texto de los mismos se infiere que el visto bueno será otorgado a los firmantes de los convenios de absorción y por lo mismo será negado o dilatado a quienes no los suscriban, lo cual es abiertamente discriminatorio del régimen de libertad de importaciones.

Mientras no exista ley alguna que obligue a los particulares a suscribir convenios de absorción o a cumplir con cuotas de absorción de cosechas nacionales, no es posible imponer un visto bueno a las importaciones que se otorgará sólo a quienes hayan de suscribir los convenios.

4°. Se violaron los artículos 14, numerales 7° y 12 de la Ley 7ª de 1991 y 121 de la Constitución Política, porque es el Consejo Superior de Comercio Exterior la única autoridad facultada en Colombia para determinar los trámites y requisitos que deban

cumplir las importaciones y exportaciones de bienes y para expedir las normas relativas a la organización y manejo de los registros que sea necesario establecer en materia de Comercio Exterior, por lo cual no se podía asignar al Ministerio de Agricultura una función que no le fue atribuida.

5°. Se violaron los artículos 150, numeral 19 y 189, numeral 25 de la Carta Política al desbordar el decreto acusado los principios rectores consignados en la Ley Marco de Comercio Exterior, a los cuales por mandato constitucional debía ceñirse.

## II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probatoria y alegaciones.

### II. 1. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

II. 1.1. La Nación - Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - a través de apoderado, contestó la demanda aduciendo como argumentos de la defensa, en resumen, los siguientes:

1°. La actora hace una inadecuada interpretación del artículo 333 de la Constitución Política. En efecto, la libertad económica que ésta garantiza tiene un alcance especial: La protección y promoción de la libre empresa, gestada y desarrollada por iniciativa privada. No tiene un alcance absolutista.

Las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional obedecen al cumplimiento de disposiciones constitucionales especiales para el sector agrario (art. 65).

Los actos cuestionados se encaminan a cumplir las normas rectoras en materia de Comercio Exterior que restringen la actividad cuando el estado de la economía así lo reclame.

2°. La razón de ser de los actos acusados estriba en la necesidad urgente de salvar el sector agrario. La coyuntura económica así lo exigía.

3°. Los actos acusados simplemente desarrollan el Decreto-ley 1279 de 1994 que en su artículo 4°, literal f) exigió los vistos buenos previos para la importación de ciertos productos; es decir, que la restricción a que se sometieron las importaciones se impuso por una ley, que es lo exigido por la Carta Política.

4°. En manera alguna el establecimiento de vistos buenos debe tomarse como una discriminación. Por el contrario, es una medida de aceptación mundial (Acuerdo GATT) que busca un equilibrio y su propósito es dar seguridad al sector agroindustrial, considerando los lineamientos de la política agropecuaria.

II. 1.2. La Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, a través de apoderada, contestó la demanda y para oponerse a la prosperidad de las pretensiones, expresó principalmente lo siguiente:

## SECCION PRIMERA

1°. No se violan los artículos 333 de la Constitución Política ni 1°, 2°, numeral 8° y 3° de la Ley 7ª de 1991, porque de dichas normas se evidencia que la libertad en la actividad económica no tiene un alcance absolutista sino limitado al interés público y bajo el auspicio y control del Estado.

Las normas acusadas se expidieron con fundamento en el artículo 65 de la Carta Política.

Además, de los documentos expedidos por el Consejo Superior de Comercio Exterior y el CONPES, se evidencia la necesidad de proporcionar seguridad a los agricultores y de controlar la sobreoferta de algunos productos agropecuarios, razón por la cual se adoptaron las medidas a que se contraen los actos acusados.

2°. No se violó el artículo 150, numeral 21 de la Constitución Política, ya que el artículo 4°, literal ñ) del Decreto-ley 1279 de 1994, le asignó al Ministerio de Agricultura la función de condicionar el establecimiento de licencias o vistos buenos de importación al cumplimiento de los convenios que han de celebrar los interesados en relación con las cuotas de absorción fijadas para la compra o venta de materias primas de producción nacional.

3°. No se violó el artículo 13 de la Carta Política, ya que lo que se busca con el establecimiento de vistos buenos es dar seguridad al sector agroindustrial, mejorando las condiciones de vida de la población rural en un marco de concertación con los gremios de la producción y con las organizaciones campesinas, de acuerdo con los lineamientos de la política agropecuaria.

Además, para quienes no suscriban convenios no es que no se les otorgue el visto bueno, sino que procede una evaluación previa.

4°. No se violaron los artículos 14, numerales 7° y 12 de la Ley 7ª de 1991, ni el 121 de la Carta Política, porque los actos acusados simplemente son desarrollo del artículo 4°, literal ñ) del Decreto-ley 1279 de 1994.

5°. Por las razones anteriores tampoco se violaron los artículos 150, numeral 19 y 189, numeral 25 de la Constitución Política.

II. 1.3. La Nación - Ministerio de Desarrollo Económico -, a través de apoderado, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, para lo cual adujo, en síntesis, los siguientes argumentos:

1°. En cuanto al primer cargo no le asiste razón a la actora, ya que la libertad económica se entiende no como el “dejar hacer, dejar pasar”, sino como la promoción de las condiciones sociales y económicas básicas para el desarrollo autónomo de las personas, de modo que la protección de la libre empresa no tiene el alcance absolutista que pregona la demandante.

Las medidas adoptadas en los actos acusados obedecen al cumplimiento del artículo 65 de la Carta Política y se encaminan a cumplir las normas rectoras en

materia de Comercio Exterior que restringen la actividad cuando el estado de la economía así lo reclame.

2°. En cuanto a la violación de los artículos 1°, 2°, numeral 8° y 3° de la Ley 7ª de 1991, no puede pregonarse una libertad sin límites. Estos deben ser impuestos por la ley que es precisamente lo que aconteció en el asunto *sub lite*, habida cuenta que el Decreto-ley 1279 de 1994 consagró la exigencia de los vistos buenos.

3°. No se viola el artículo 13 de la Carta Política, ya que lo que se busca con el establecimiento de vistos buenos es dar seguridad al sector agroindustrial.

Además, para quienes no suscriban convenios no es que no se les otorgue el visto bueno, sino que procede una evaluación previa.

4°. No se encuentra la violación del artículo 121 de la Constitución Política porque el Ministerio de Agricultura actuó con base en la función que le otorgó el Decreto-ley 1279 de 1994 en el artículo 4°, literal ñ).

5°. No hay lugar a la violación de los artículos 150, numeral 19 y 189, numeral 25 de la Carta Política, porque los actos acusados fueron el producto de una medida transitoria en las políticas agrarias y de Comercio Exterior, en razón a las circunstancias excepcionales por las que atravesaba el sector agroindustrial, especialmente en cuanto a la producción de cebada, trigo y aceites.

### III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo 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 porque, a su juicio, con la expedición de los actos acusados, el Gobierno Nacional se limitó a cumplir lo preceptuado en la Constitución y en las Leyes 6ª de 1971, 7ª de 1991 y 101 de 1993, Decreto-ley 1279 de 1994 y en el Documento CONPES 2723 de 17 de agosto de 1994.

### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El Decreto Reglamentario 2439 de 2 de noviembre de 1994 acusado, contiene las siguientes regulaciones: En su artículo 1° exige el requisito del visto bueno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para la importación de unos productos cuya posición arancelaria indica; en el párrafo del mismo artículo exceptúa de dicho requisito a los productos originarios y provenientes de los países miembros del Acuerdo de Cartagena y de Chile; en el artículo 2° prevé que la importación de los productos a que se refiere el artículo 1° debe registrarse ante el Incomex, previo visto bueno otorgado por el referido Ministerio; el artículo 3° *ibidem* establece que al citado Ministerio le corresponde señalar las condiciones bajo las cuales se otorgará el visto bueno, atendiendo a las políticas que sobre el sector agropecuario hayan recomendado o recomienden el Consejo Nacional de Política Económica y Social y el Consejo Superior de Comercio Exterior; el párrafo del referido artículo estatuye que los registros

## SECCION PRIMERA

de importación presentados ante el Incomex desde el 1° de enero de 1994 y que no hayan sido utilizados a la fecha de vigencia del decreto, deberán contar con el visto bueno del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y que luego de ello se deberá presentar ante el Incomex la modificación del correspondiente registro; y el artículo 4° establece que para obtener el levante de las mercancías de que trata el artículo 1°, deberá presentarse ante la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, además de los documentos señalados en las disposiciones vigentes, el registro de importación en el cual se acredite el visto bueno; que la falta de éste constituye causal adicional a las establecidas en el artículo 30 del Decreto número 1909 de 1992 para rechazar tal levante; y que al autorizar el levante de las mercancías, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales dejará constancia sobre el registro de importación de que el mismo ha sido utilizado.

La Resolución número 00756 de 17 de noviembre de 1994, también acusada, dispuso, por su parte, el trámite para el otorgamiento de los vistos buenos en la importación de algunos productos agropecuarios y fue expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en virtud de que el artículo 3° del antes citado Decreto número 2439 delegó en tal Ministerio el señalamiento de las condiciones para el referido otorgamiento de vistos buenos.

En relación con los cargos 1°, 2° y 5° de la demanda, cabe tener en cuenta lo siguiente:

Según se infiere de las consideraciones de los actos administrativos acusados, éstos tuvieron como soporte, entre otros, los documentos CONPES número 2723 de 17 de agosto de 1994, contentivos del Programa de Modernización Agropecuaria y Rural y de las Medidas de Estrabilización para el Sector Agropecuario –Consejo Superior de Comercio Exterior– (fls. 14 a 56).

Conforme se lee en el primer documento el Departamento Nacional de Planeación y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural presentaron a consideración del CONPES los lineamientos de la política agropecuaria orientada a elevar la competitividad del sector para adecuarlo a la política de internacionalización de la economía, a consolidar su reactivación, a promover su desarrollo sostenido y sostenible y a manejar las condiciones de vida de la población rural, en un marco de concertación con los gremios de la producción y con las organizaciones campesinas.

A continuación, en el citado documento se hace un recuento de la situación del sector agropecuario en relación con la producción, las condiciones de vida en las áreas rurales, los problemas críticos en cuanto a los cultivos, tecnología, adecuación de tierras y mercadeo, en el comercio exterior y en el crédito.

Prosigue el documento con el señalamiento de los criterios de orientación de la política agropecuaria a largo y corto plazo y con los programas de acción inmediata para concluir con las recomendaciones que se le formulan al CONPES.

Según se advierte en el referido documento, a inicios de los años 90 hubo una fuerte crisis en el sector agropecuario, por lo cual se expidieron más de 12 leyes, dentro de las cuales se destacan: La Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, en cuyo texto se reorganizó el Ministerio de Agricultura y se crearon nuevos instrumentos de política, tales como el incentivo a la capitalización rural, el Fondo Emprender, los Fondos de Estabilización de Precios y la Caja de Compensación Familiar Campesina; la que creó el Ministerio del Medio Ambiente y las que establecieron el Seguro Agropecuario y el Certificado de Incentivo Forestal.

Al analizar la situación actual del sector agropecuario, en el documento se expresa que a pesar de todas las medidas antes relacionadas "...varios subsectores agrícolas continúan registrando bajos niveles de rentabilidad..." (fl. 16); que "las tendencias del comercio exterior de bienes agropecuarios han sido adversas al desempeño del sector" y que "los resultados insatisfactorios en materia de transferencia y adopción de tecnologías han sido limitantes críticos para el mejoramiento de la competitividad de la producción agropecuaria nacional..." (fl. 17).

Finalmente, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el Departamento Nacional de Planeación formulan al CONPES, entre otras recomendaciones, la de solicitar al Consejo Superior de Comercio Exterior que apruebe el sistema de absorción de cosechas y que los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y de Desarrollo Económico, con el concurso del Ministerio de Comercio Exterior, negocien dichos convenios.

En el segundo documento el CONPES propone al Consejo Superior de Comercio Exterior, "establecer vistos buenos a las importaciones de una serie de productos para los cuales se busca, mediante un activo proceso de concertación, se suscriban convenios de absorción entre los productores y la agroindustria", cuyo objetivo es "mejorar la rentabilidad de la actividad agropecuaria, sin desmejorar la situación actual de competitividad de la industria nacional..." (fl. 32).

Del contenido de los citados documentos que ha quedado reseñado infiere la Sala que las recomendaciones adoptadas en los mismos y que se reflejaron en los actos administrativos acusados, en principio, buscaban conjurar las dificultades que se estaban presentando en el sector agropecuario.

Como se advirtió en el proveído de 26 de mayo de 1995, que confirmó el Auto de 3 de marzo del mismo año, que había denegado la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos cuestionados y que ahora se reitera, si bien es cierto que el artículo 3º de la Ley 7ª de 1991 consagra el principio de libertad en las importaciones y exportaciones de bienes, tecnología y servicios, no lo es menos que tal disposición es clara en señalar que dicha libertad es limitada, cuando a continuación prevé: "EN CUANTO LO PERMITAN LAS CONDICIONES COYUNTURALES DE LA ECONOMIA". (Las mayúsculas son de la Sala).

## SECCION PRIMERA

De tal manera que no basta afirmar que las medidas adoptadas en el Decreto 2439 de 1994 y resolución acusados restringen el régimen de libertad que preconizan la Carta Política en su artículo 333 y la referida ley, con violación de estos textos y de los artículos 150, numeral 19 y 189, numeral 25 de la Carta Política, sino que es menester que aparezca demostrado que las condiciones de la economía que motivaron la expedición de aquéllos no eran coyunturales y por lo mismo no ameritaban tales medidas.

En el caso *sub examine* la actora se limitó a endilgarle a los actos acusados el desconocimiento de los principios de la libre competencia y la libertad económica, pero no desvirtuó la existencia de las condiciones coyunturales de la economía que motivaron la adopción de las medidas a que se contraen aquéllos y que se encuentran respaldadas en los documentos a que se ha hecho mención.

Además, es preciso resaltar que, conforme al artículo 334 de la Carta Política, el Estado debe intervenir, por mandato de la ley, entre otros aspectos, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, dentro de los cuales no puede sustraerse la actividad agropecuaria, a fin de racionalizar la economía, ello en armonía con el artículo 65 *ibidem*, que impone al Estado la protección de los alimentos a fin de incrementar su productividad.

En el presente caso el artículo 6° de la Ley 101 de 1993, que desarrolla el artículo 65 de la Carta Política, autoriza al Gobierno Nacional para expedir las reglamentaciones sobre las políticas relacionadas con la actividad económica en general y particularmente para otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales y su comercialización.

A su vez, el artículo 4° del Decreto-ley 1279 de 1994 faculta al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para, entre otras funciones, fijar las políticas para el desarrollo del sector agropecuario y adecuarlo a la internacionalización de la economía, otorgar especial protección a la producción de alimentos, elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas y establecer los fondos de estabilización de precios de los mismos y determinar la política de precios de dichos productos, etc.

El artículo 4°, literal ñ) *ibidem* atribuye al citado Ministerio la función de fijar las reglas a las que debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por parte de la industria y condicionar el establecimiento de vistos buenos de importación en cumplimiento de los convenios que han de celebrar los interesados en relación con tales cuotas de absorción.

Las consideraciones precedentes dejan sin sustento jurídico los cargos en estudio, los cuales por ello habrán de desestimarse.

Para la Sala tampoco está llamado a prosperar el cargo 3°, que se fundamenta en la violación del artículo 13 de la Carta Política, pues, como ya se vio, el Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, está facultado

constitucional y legalmente para expedir las reglamentaciones sobre las políticas relacionadas con la actividad económica en general y dentro de las mismas bien puede señalar requisitos para el otorgamiento de vistos buenos para la importación de los productos cuya posición arancelaria indica en el artículo 1° del decreto demandado, sin que se advierta del texto de las disposiciones analizadas el imperioso establecimiento de excepciones que exoneren el cumplimiento de tales requisitos.

No es cierta la afirmación de la actora en el sentido de que si no se suscriben convenios de absorción no se otorga el visto bueno, pues según se lee en el documento contentivo de una respuesta del Ministerio de Agricultura a la empresa Lloreda Grasas S. A., "...para los casos en que no se hubiere suscrito convenio previo, el otorgamiento del visto bueno solicitado deberá estar precedido del cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 1° de la Resolución 00756 de 1994; es decir, de la verificación de "...que se dé un correcto proceso de absorción..." de las correspondientes cosechas, lo cual implica, por parte de este Ministerio, diferentes acciones que demandan espacios considerables de tiempo para su cabal ejecución, dada la necesidad de confrontar la coherencia de la información suministrada para estos efectos por diferentes fuentes. Una vez comprobado ello, se procede al otorgamiento de dicho visto bueno..." (Fl. 324).

Cabe agregar que, en tratándose del principio de igualdad, la Corte Constitucional en Sentencia C-527 de 18 de noviembre de 1994 consideró y la Sala prohija, que un trato diferente no implica automáticamente una violación de dicho principio, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución del referido objetivo.

Tal es el caso de los objetivos legítimos que al Estado le asisten de proteger especialmente la producción de alimentos, por mandato del artículo 65 de la Carta Política, en virtud del cual debe otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así como de intervenir, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, como lo ordena el artículo 334 *ibidem*, que justifican las medidas adoptadas en los actos administrativos acusados.

El cargo 4° del libelo demandatorio tampoco está llamado a prosperar, ya que, conforme al artículo 4°, literal ñ) del Decreto 1279 de 22 de junio de 1994, expedido con fundamento en las facultades extraordinarias conferidas por el artículo 98 de la Ley 101 de 23 de diciembre de 1993, "por el cual se reestructura el Ministerio de Agricultura y se dictan otras disposiciones", el Ministerio de Agricultura tiene la facultad de fijar, de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, las reglas a las cuales debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por parte de la industria y condicionar el establecimiento de licencias o vistos buenos de importación y permisos de exportación al cumplimiento de

## SECCION PRIMERA

los convenios que han de celebrar los interesados, en relación con las cuotas de absorción fijadas para la compra o venta de tales materias primas.

Debe tenerse en cuenta cómo el citado decreto tiene la misma fuerza o entidad normativa que la ley, es posterior a la Ley 7ª de 1991 y se refiere especialmente al sector agropecuario, es de aplicación preferente en este caso, descartándose así las violaciones a que alude la actora en esta censura.

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

### FALLA:

DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Devuélvase a la actora la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso, por no haber sido utilizada.

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

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 8 de febrero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente de la Sala; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel A. Urueta Ayola.*

**RUTAS Y HORARIOS - Adjudicación / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO / RELACION DE CAUSALIDAD - Inexistencia / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia / AFILIACION A EMPRESA DE TRANSPORTE / SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / DERECHO DE ASOCIACION**

No existe relación de causalidad directa entre el acto por el cual se otorga una licencia de funcionamiento y el supuesto daño que se pueda causar con ocasión de que unos vehículos se desafilien de una empresa para afiliarse a otra a fin de cubrir las rutas de ésta, pues el hecho de servir unas determinadas rutas no depende de dicho acto sino del de adjudicación, que obedece a una actuación y trámite administrativo diferente, acto este último que no es objeto de controversia en el presente proceso. El acto administrativo acusado no asignó rutas, horarios o áreas de operación a Cootransplanadas, el estado de emergencia y la crisis económica a que según la actora se vio abocada y por lo cual reclama una indemnización, no puede tener origen en aquel, lo cual descarta la posibilidad de acceder al restablecimiento del derecho impetrado. El hecho de afiliarse o desafiliarse de determinada empresa para prestar el servicio público de transporte forma parte del derecho de asociación cuya libertad garantiza la Carta Política en su artículo 38.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.

Santa Fe de Bogotá D. C., dieciséis (16) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Referencia: Expediente número 3527. Recurso de apelación contra la sentencia de 23 de agosto de 1995 proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

Actora: Cooperativa de Transportadores de Saldaña Ltda. "Cootransal".

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 23 de agosto de 1995, proferida por el Tribu-

## SECCION PRIMERA

nal Administrativo del Tolima, que declaró la nulidad del acto administrativo acusado y se abstuvo de acceder a las demás pretensiones de la demanda.

### I. ANTECEDENTES

I.1 La Cooperativa de Transportadores de Saldaña Ltda. "Cootransal", por medio 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 del Tolima tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1. Es nula la Resolución Administrativa número 117 del 27 de mayo de 1994 por la cual se concede Licencia de Funcionamiento y se otorga calificación a la Cooperativa de Transportadores de Planadas, Tolima (Cootransplanadas), expedida por el Alcalde Municipal de Planadas, Tolima.

2. Como consecuencia de la declaración anterior el Municipio de Planeadas deberá responder por los perjuicios materiales y morales causados a la empresa demandante, así:

### PERJUICIOS MATERIALES

#### A. Daño emergente

a) Los daños causados consistentes en la desvinculación de la actora de 40 vehículos que dejan de pagar cuota de sostenimiento de administración por afiliación, que ascienden a la suma de \$1.200.000.00 por el primer año de desvinculación, contado desde el mes de septiembre de 1994, ya que cada vehículo paga mensualmente \$30.000.00.;

b) Los valores dejados de percibir por la actora por concepto de cuotas de administración de cada uno de los anteriores vehículos, en el transporte de pasajeros a razón del 12% sobre \$100.000.00 de su producto promedio mensual, es decir, la suma de \$480.000.00.

#### B. Lucro cesante

Calculando el producto de diez (10) años de promedio de vida útil legal de la demandante, se determina así: por valor de cuota de sostenimiento de administración por afiliación a razón de \$1.200.000.00 por diez años, para un total de \$12.000.000.00; por valor de comisión por administración de vehículos a razón de \$480.000.00 multiplicado por 120 meses de vida legal probable para un total de \$57.600.000.00.

#### Perjuicios morales

Consisten en el dolor sufrido por la actora por la burla y diezma de su buen nombre comercial. Se estiman en un mil (1.000) gramos oro pagados en pesos colom-

bianos, de acuerdo con el valor que tenga cada gramo a la fecha de la ejecutoria de la sentencia definitiva que ponga fin al proceso, según certificación que expida el Banco de la República o la entidad encargada de expedirla.

I.2 En apoyo de sus pretensiones la actora adujo los siguientes cargos de violación (folios 64 a 68 del cuaderno número 1):

1. El procedimiento para la expedición de la licencia de funcionamiento objeto del acto acusado fue errado. En efecto, se hizo la publicación del aviso diciéndose que se trataba de la "solicitud de constitución" de Cootransplanadas violándose así el artículo 75 de la Ley 79 de 1988, porque esta norma exonera a las Cooperativas de Licencia previa de constitución.

Se violó el párrafo del artículo 16 del Decreto 1787 de 1990 y de contera el artículo 1° del Acuerdo número 00043 del Intra, que exige a las autoridades de transporte competentes observar las normas vigentes que rigen el trámite de otorgamiento de las Licencias de funcionamiento y las rutas, horarios o áreas de operación que pretendan servir.

En el presente caso cuando la actora tramitaba la oposición, a sus espaldas se expidió la resolución acusada sin mediar aviso alguno, con lo cual también se violó el artículo 46 del C.C.A.

2. El acto administrativo acusado violó los artículos 1°, 2°, 6° 29 y 83 de la Constitución Política, porque creó un trámite administrativo no consagrado en la Carta Política ni en la ley, la actuación demandada riñe con los postulados de la buena fe y desconoce el debido proceso.

3. Se violó el artículo 3° del C.C.A. porque la actuación administrativa contravino todos los principios allí previstos.

I.3 A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 23 de agosto de 1995, que fue oportunamente apelada por el apoderado de la actora.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el a quo razonó, principalmente, de la siguiente manera (folios 162 a 169 ibidem).

1. El desconocimiento del trámite establecido en el artículo 12 del Decreto 1787 de 1990 por parte de la Alcaldía Municipal de Planadas viola el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, lo cual hace nula la Resolución acusada.

2. No hay reparación del daño porque la desafiliación o retiro de vehículos de una empresa transportadora es voluntaria, pues ésta no puede obligar a sus afiliados a

## SECCION PRIMERA

permanecer indefinidamente. El otorgamiento de la licencia de funcionamiento simplemente es un acto administrativo que no produce efectos patrimoniales para los posibles afectados con el mismo y si esto llegara a suceder el perjuicio tiene que ser cierto, efectivo y real, pero nunca hipotético, como se colige del dictamen pericial.

### III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la demandante finca su inconformidad con la sentencia apelada, en síntesis, así (folios 5 a 14 del cuaderno N° 2):

1. La licencia de funcionamiento para una empresa especializada no es un simple acto administrativo sino un acto importante donde está interesado todo el medio del transporte, la comunidad en general y la autoridad encargada de la organización, control y vigilancia de la actividad transportadora. Es el reconocimiento que hace la autoridad competente a una empresa que ha llenado la plenitud de requisitos para la prestación del servicio público automotor y su sentido económico lleva implícita una concesión de prestación del servicio de transporte en un tiempo determinado. Su solicitud por primera vez requiere, entre otros, contratos de vinculación de sus vehículos y además implica vencer a todos los opositores que hubieren y el otorgamiento de pólizas de cuantioso valor.

2. Está plenamente probado dentro del proceso lo siguiente:

a) Sin que haya mediado la desvinculación respectiva (parágrafo 4° del artículo 75 de la Ley 79 de 1988) se ha permitido por parte de la Alcaldía Municipal de Planadas y la Inspección Municipal de Tránsito que Cootransplanadas despache los mismos vehículos afiliados a la demandante y que preste el servicio sin el documento idóneo que es la tarja de operación;

b) Tales autoridades certifican dentro del parque automotor de Cootransplanadas los mismos vehículos que hasta la fecha no han sido desvinculados del parque automotor de la actora;

c) Las citadas autoridades hicieron aparecer como desiertas las rutas y horarios solicitados por Cootransplanadas, no obstante que en ese radio de acción operan no sólo la demandante sino Cootransur Ltda.;

d) Las referidas autoridades dieron autorización de hecho de áreas de operación, rutas y horarios con violación flagrante del Decreto 1787 de 1990.

3. Por los hechos anteriores, la actora se encuentra en estado de emergencia y en crisis económica, lo cual justifica la impugnación para impetrar la indemnización respectiva.

### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado (folios 23 a 27 ibidem) en su vista de fondo se muestra partidario

de que se revoque el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia apelada y en su lugar, que se reconozcan los perjuicios materiales porque, a su juicio, existen suficientes elementos probatorios en el dictamen pericial que permiten efectuar tal reconocimiento.

En cuanto a los perjuicios morales deben negarse, porque no fueron probados.

## V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para la Sala la sentencia apelada debe ser confirmada, por las siguientes razones:

El acto administrativo acusado se limitó a otorgar licencia de funcionamiento y calificación a la Cooperativa de Transportadores de Planadas (Tolima) "Cootransplanadas".

En dicho acto no se advierte la adjudicación de rutas, horarios o áreas de operación.

Por el contrario, según se infiere del documento visible a folio 5 vuelto del cuaderno número 1, suscrito por el apoderado de la actora y dirigido al Alcalde Municipal de Planadas, y del contenido de la certificación expedida por este funcionario, obrante a folio 13 ibidem, en virtud de la solicitud de rutas y horarios formulada por la Cooperativa de Transportadores de Planadas "Cootransplanadas" se inició un trámite administrativo dentro del cual la actora formuló oposiciones fundamentada técnica y jurídicamente.

Conforme a los artículos 35 a 40 del Decreto 1787 de 3 de agosto de 1990, contentivo del Estatuto Nacional de Transporte Público Colectivo Municipal de Pasajeros y Mixto, el trámite administrativo que se origina con la solicitud de rutas, horarios o áreas de operación puede culminar: con la decisión negativa de otorgar tales rutas, horarios o áreas de operación, por haber prosperado las oposiciones fundamentada técnica o jurídicamente; o con el acto de adjudicación en caso de que no prosperen tales oposiciones.

De lo anterior se desprende que no existe relación de causalidad directa entre el acto por el cual se otorga una licencia de funcionamiento y el supuesto daño que se pueda causar con ocasión de que unos vehículos se desafilien de una empresa para afiliarse a otra a fin de cubrir las rutas de ésta, pues el hecho de servir unas determinadas rutas no depende de dicho acto sino del de adjudicación, que obedece a una actuación y trámite administrativo diferente, acto este último que no es objeto de controversia en el presente proceso.

Cabe observar que la propia actora en el escrito del recurso de apelación hace consistir el daño en la prestación de un servicio de unas rutas, horarios y áreas de operación por parte de los vehículos afiliados a Cootransplanadas, que no cuentan con

## SECCION PRIMERA

la tarjeta de operación y cuya autorización constituye, a su juicio, una flagrante violación del Decreto 1787 de 1990.

Si, como ya se dijo, el acto administrativo acusado no asignó rutas, horarios o áreas de operación a Cootransplanadas, el estado de emergencia y la crisis económica a que según la actora se vio abocada y por lo cual reclama una indemnización, no puede tener origen en aquél, lo cual descarta la posibilidad de acceder al restablecimiento del derecho impetrado.

Por lo demás, el hecho de afiliarse o desafilarse de determinada empresa para prestar el servicio público de transporte forma parte del derecho de asociación, cuya libertad garantiza la Carta Política en su artículo 38.

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

### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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

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

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de febrero de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

### **EXCEPCION DE LEGALIDAD DE ACTOS / ACUSADOS – Improcedencia / EXCEPCION**

Frente a la excepción de legalidad de los actos administrativos acusados e inexistencia de obligación alguna a cargo de la entidad demandada, debe precisarse que las mismas no constituyen excepción alguna, por cuanto no contienen aspectos modificativos, impeditivos o extintivos de la acción, sino que en ellas se está englobando la defensa. Para llegar a determinar la legalidad o ilegalidad de las resoluciones demandadas y la existencia o no de obligación alguna, es preciso efectuar el análisis de fondo propio de la sentencia. En cuanto a las excepciones denominadas “inexistencia del derecho sustancial para demandar” y “carencia de derecho y como tal carencia de acción”, considera la sala que tampoco están llamadas a prosperar, por cuanto no constituyen realmente excepciones sino que reflejan la oposición frente al fondo del litigio planteado, de manera similar a la primera de las excepciones analizadas “sobre legalidad de los actos acusados e inexistencia de obligación alguna”.

### **EXCEPCION DE INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES – Inexistencia / SUSPENSION PROVISIONAL**

La excepción de indebida acumulación de pretensiones planteada, por cuanto la solicitud de suspensión provisional no se solicitó conforme a lo establecido en el artículo 152 del C.C.A. tampoco prospera, ya que ello no implica una indebida acumulación de pretensiones pues dicha solicitud no pugna con las otras pretensiones solicitadas. Cuestión distinta es que al no reunir los requisitos legales para su procedencia, la medida precautelativa solicitada debe ser denegada.

### **RECURSO DE APELACION – Ambito / PUNTO NUEVO – Improcedencia / DERECHO DE DEFENSA**

Sólo se pronunciará respecto de los argumentos del recurrente que fueron expuestos en la demanda y que tienen que ver con la sentencia apelada, puesto que frente a los nuevos razonamientos contenidos en la sustentación del recurso y en la complementación del mismo (presenta-

## SECCION PRIMERA

da esta última fuera de término) no es procedente un pronunciamiento, ya que, de una parte, ello iría en contra del derecho de defensa de los demás intervinientes y de otra, porque el objeto de la apelación es la sentencia de primera instancia a la cual se debe circunscribir el estudio.

### VIA GUBERNATIVA – Interpretación / RECURSOS – Interposición.

Es evidente que en efecto lo que quiso la empresa recurrente fue interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación como lo manifestó en el encabezamiento de su escrito, pues carece de toda lógica solicitar un recurso y en subsidio solicitar el mismo recurso, razón por la cual la interpretación dada por la Secretaría de Tránsito fue correcta en el sentido de entender que se estaba interponiendo en subsidio el recurso de apelación.

### SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / RUTAS Y HORARIOS / OPOSICION / EXTEMPORANEIDAD / PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL / TERMINOS PROCESALES – Cumplimiento

Las oposiciones de la Empresa Colectivos de Ipiales S.A. fueron presentadas el 19 de marzo de 1994, cuestión que se reitera, fue aceptada por la demandante, teniéndose que el término para presentarlas venció el 18 del mismo mes y año, lo que no deja dudas de que en efecto su presentación fue extemporánea. El apoderado de la empresa apelante sostiene que dicha extemporaneidad es una cuestión simplemente formal, estimando además que el Tribunal de Nariño invirtió el principio constitucional (art. 228) que consagra la prevalencia del derecho sustancial. Para esta corporación no es de recibo lo anteriormente expuesto, dado que no puede considerarse que los términos contemplados para la presentación de acciones, recursos, oposiciones, etc., sean una cuestión puramente formal, pues de ser así ello conllevaría, por ejemplo, a que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, o a las de reparación directa pudiesen ser presentadas en cualquier tiempo, o que nunca los administrados tuviesen la certeza de cuándo adquiere firmeza una decisión adoptada por la administración que los favorece o desfavorece, lo cual a todas luces es absurdo.

### CONTROL DE LEGALIDAD / PODERES DEL JUEZ

No es necesario que la parte demandante solicite que de no declararse la nulidad de todos los actos acusados se declare la de uno de ellos, pues precisamente la obligación del fallador es entrar en el análisis de la legalidad de éstos, y si encuentra que uno de los actos o que solamente un aparte de ellos se encuentra viciado de nulidad (siempre y cuando el demandante haya invocado la causal y la encuentre probada el juzgador), deberá declarar dicha nulidad.

*Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número: 3451

Referencia: Expediente número 3451.

Actor: Empresa de Transportes Colectivos Ciudad de Ipiales 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 Nariño, de fecha 17 de julio de 1995.

## I. ANTECEDENTES

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

La Empresa de Transportes Colectivos Ciudad de Ipiales 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 Nariño la nulidad de las Resoluciones números 125 y 071 de 16 y 27 de junio de 1994, respectivamente, expedidas, en su orden, por el Alcalde del Municipio de Ipiales y el Secretario de Tránsito y Transportes del mismo municipio. Asimismo solicitó que se declare que la poderdante tiene derecho a lo estipulado en los artículos 85, 137 numeral 4º y 206 del C.C.A.

### b. Los actos acusados.

Son los siguientes:

1º. La Resolución número 125 del 16 de junio de 1994, expedida por el Alcalde del Municipio de Ipiales, mediante la cual se declara inexistente la oposición presentada por la demandante contra la solicitud de la Empresa de Transportes Taxis La Frontera S.A. para la autorización de la ruta número 2 en servicio urbano colectivo, así como también la actuación administrativa realizada por la Secretaría de Tránsito de Ipiales, originada a partir de la presentación extemporánea de la oposición.

2º. La Resolución número 071 del 27 de junio de 1994, expedida por el Secretario de Tránsito y Transportes del Municipio de Ipiales, a través de la cual se autoriza la prestación de la ruta número 2 en la modalidad de urbano colectivo a la Empresa de Transportes Taxis La Frontera S.A..

### c. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación.

La actora considera que con la expedición del acto acusado se violó el Decreto 1787 de 1990, por las razones que, bajo la forma de cargos, en forma resumida se expresan a continuación (fls. 11 a 19 del Cdno. Ppal.).

## SECCION PRIMERA

### Primer cargo.

La Secretaría de Tránsito tenía la obligación de realizar un estudio de confrontación técnica, al tenor del artículo 32 del Decreto 1787 de 1990, de lo solicitado no sólo en el momento de presentación de las oposiciones, sino para salvaguardar los intereses socio económicos de otras empresas de transporte municipal que pudieran con anterioridad estar cumpliendo el servicio de la ruta solicitada. Al no cumplir con el mencionado estudio técnico se está violando también el principio de imparcialidad contenido en el artículo 2º de la Ley 58 de 1982.

### Segundo cargo.

Los Jefes de las Divisiones de Tránsito y de Seguridad y Control de la Secretaría de Transportes realizaron el estudio técnico, en donde a más de verificar la ruta solicitada por Taxis La Frontera S. A., encontraron conveniente modificar algunos tramos de vías para concluir en una nueva ruta con 13 modificaciones que constituyen tramos nuevos diferentes a los solicitados por la empresa en mención. Al conocer dichas modificaciones, el Secretario de Tránsito en aras de la economía procesal debió oficiosamente suspender el trámite respecto a la solicitud y oposición de la ruta número 2, y dar cumplimiento a lo estipulado en la parte final del artículo 39 del Decreto 1787 de 1990, según el cual, si del estudio realizado resultaren rutas, áreas de operación, sistemas o subsistemas disponibles diferentes a los solicitados, la autoridad ordenará su publicación y continuará el trámite normal para su adjudicación.

### Tercer cargo.

Se omitió también el artículo 51 del citado Decreto 1787 de 1990, pues el Secretario de Tránsito, al hacer caso omiso del resultado del estudio técnico presentado por sus funcionarios, violó flagrantemente las disposiciones específicas para el otorgamiento de rutas, contempladas en el Decreto 1787 de 1990, al no cumplir con la publicación de la disponibilidad nueva contratada, violando de paso los artículos 2º y 3º de la Ley 58 de 1982.

### Cuarto cargo.

Se desestimaron las siete rutas entregadas con anterioridad a la empresa demandante en el sector urbano-colectivo de Ipiales, que cubren más del 85% de la ruta número 2 solicitada por Taxis La Frontera S. A., lo cual a todas luces no permitía ni técnica ni jurídicamente entregar dicho servicio a otra empresa.

### Quinto cargo.

El Secretario de Tránsito pese a que la Resolución número 054 de 1994 manifiesta que se debe dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 31 y 51 del Decreto 1787 de 1990, los deja como letra muerta y no los aplica, dando pie para que continúe la controversia jurídica para una de las partes, en razón de que no se notificó la citada providencia a la demandante, constituyendo ello una notificación irregular que va en contravía de los artículos 3º y 46 del C.C.A.

Sexto cargo.

El recurso interpuesto contra la Resolución número 054 de 1994 suscrito por el gerente de Taxis La Frontera S.A. no fue presentado personalmente por él o por su apoderado, pues no aparece auto de presentación personal, lo cual desconoce el artículo 51 del C.C.A.

Séptimo cargo.

El Secretario de Tránsito incurrió en error de omisión e incumplimiento de sus deberes al no publicar la nueva ruta resultado de las 13 modificaciones que conoció.

Octavo cargo.

Según escrito del 16 de marzo de 1994 de la Secretaría de Tránsito, el Gerente de Taxis La Frontera. S.A. con fecha 14 de marzo de 1994 interpuso recurso de apelación contra la Resolución número 054 de 1994, argumentando que dicho recurso fue interpuesto en legal forma en el mismo escrito de reposición de fecha 7 de febrero de 1994, siendo pertinente al respecto remitirse a lo expresado por el Consejo de Estado, en el sentido de que el recurso de apelación debe interponerse directamente contra el acto administrativo principal o como subsidiario del de reposición, pues de no ser así, es decir si se interpone después de que, este último fracasa, se entiende interpuesto extemporáneamente, como ocurrió en el caso de autos. El Secretario de Tránsito no podía acomodar la solicitud, pues lo que el recurrente solicitó fue el recurso de reposición.

Noveno cargo.

La Resolución número 125 de 1994 es inexistente por cuanto el recurso presentado contra la Resolución número 054 del mismo año fue extemporáneo. No obstante lo anterior, para demostrar los errores jurídicos en que ha incurrido la Administración, es preciso hacer referencia al numeral 3° de dicho acto donde el Alcalde ordena al Secretario de Tránsito dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 39 del Decreto 1787 de 1990. Dicha Resolución autoriza la Ruta número 2 a Taxis La Frontera S.A. siendo ello improcedente porque, de una parte, se habían violado todas las normas generales del derecho administrativo y de otra, lo solicitado por la citada empresa no concuerda con la ruta adjudicada, pues esta, como ya se dijo, sufrió 13 modificaciones, por lo cual han debido publicarla en aplicación de los artículos 39 y 51 del Decreto 1787 de 1990.

Décimo cargo.

En el artículo 2° de la Resolución 071 de 1994, sin que mediara petición alguna en tal sentido por parte de Taxis La Frontera S. A., se le asigna a ésta una capacidad transportadora de 20 vehículos tipo taxi, lo que a más de ser incongruente con el literal g) del artículo 36 del Decreto 1787 de 1990, viola también el artículo 36 *ibidem*, ya que no se entiende cómo Taxis La Frontera S.A. en su estudio ofrece una disponibilidad vehicular de 86 automotores para el cubrimiento de la ruta número 2 y por la otra cuenta con una capacidad verdaderamente asignada por la Resolución número 046A de 1992, para el servicio colectivo de 15 (máxima) y 13 (mínima) vehículos tipo taxi.

## SECCION PRIMERA

### d. Las razones de la defensa

#### 1. Del Municipio de Ipiales (fl. 243 del cuaderno principal).

La Administración Municipal y la Secretaría de Tránsito de Ipiales tienen la obligación de atender y resolver oportunamente las solicitudes que elevan las empresas de transporte con el objeto de obtener la adjudicación de rutas y para tal fin deben observar las normas constitucionales y legales que garantizan el derecho de petición (artículos 23 de la Constitución Política y 9º y siguientes del Decreto 01 de 1984).

Para autorizar la ruta número 2 a la empresa Taxis La Frontera S.A. se agotó el procedimiento establecido en el Capítulo II del Decreto 1787 de 1990, así:

1º. La solicitud por la empresa citada reunió todos los requisitos señalados en el artículo 36 del citado decreto.

2º. Presentada la anterior solicitud se ordenó publicarla, publicación que se efectuó el 5 de febrero de 1993, dando así cumplimiento al artículo 37 *ibidem*.

3º. El 19 de marzo de 1993 la Empresa de Transportes Colectivos de Ciudad de Ipiales S.A. manifestó oposición a la solicitud formulada por Taxis La Frontera S.A., pero según el artículo 38 *ibidem*, el término para que puedan ser presentadas las oposiciones es de 30 días hábiles contados a partir de la publicación. Para el caso concreto se tiene que como la fecha de publicación fue el 5 de febrero de 1993, el término venció el 18 de marzo del mismo año, luego fue extemporánea la oposición y por tanto no podía incidir en la solicitud de Taxis La Frontera S.A.

4º. Por lo anterior y en armonía con los artículos 38 y 39 *ibidem*, los actos demandados son absolutamente legales.

5º. Debe tenerse en cuenta que el servicio de transporte urbano que presta la empresa demandante es de buses y busetas, mientras que el que presta Taxis La Frontera S.A. es de taxis y colectivos, además de que la comunidad solicitó a esta última la prestación del servicio de transporte.

### **EXCEPCIONES:**

1ª. Legalidad de los actos administrativos acusados por las razones anteriormente consignadas, e inexistencia de cualquier obligación a cargo del Municipio de Ipiales - Secretaría de Tránsito y Transportes.

2ª. Inepta demanda sustancial, ya que la demanda no cumple con las exigencias establecidas en el artículo 137 del C.C.A. en cuanto omitió indicar las normas violadas y el concepto de su violación, al igual que omitió el capítulo de petición de pruebas que pretende hacer valer y únicamente remitió unos anexos.

3ª. Indebida acumulación de pretensiones, pues solicitó la suspensión provisional de los actos acusados en el mismo capítulo de las pretensiones, cuando ha debido hacerlo siguiendo estrictamente lo señalado en el artículo 152 del C.C.A.

4ª. Falta de conformación del *litisconsorte*, necesario por pasiva, en el sentido de que necesariamente se debió citar a la Empresa Taxis La Frontera S.A., ya que es la beneficiaria de los actos acusados.

5ª. Indebida autenticación de los documentos que se anexan a la demanda, ya que por ser documentos públicos deben ser autenticados por los funcionarios que los expidieron o sus secretarios y no por un notario.

6ª. Inexistencia del derecho sustancial para demandar que se funda “en los hechos generales de los supuestos derechos» (sic).

7ª. Carencia de derecho y como tal carencia de acción, de conformidad con las razones y fundamentos expuestos.

## 2. De la Empresa Taxis La Frontera S.A. (fl. 442 del cuaderno principal).

La parte demandante en el acápite de derecho no le da importancia alguna a las conclusiones evaluativas de los funcionarios competentes, favorables a Taxis La Frontera S.A., en especial al concepto de 30 de septiembre de 1993 de los Jefes de Tránsito y de la División de Seguridad, el cual señala que la ruta solicitada presenta favorabilidad en la movilización de pasajeros por vías pavimentadas que venían siendo subutilizadas, lo que descongestiona los paraderos de las vías céntricas, y agrega que la solicitud y el estudio de factibilidad fueron comprobados, encontrándolos ajustados tanto a las normas legales de tránsito como a la veracidad de los hechos. Lo anterior desvirtúa que el servicio autorizado a la empresa perjudique a la demandante.

De otra parte, el apoderado de la Empresa Taxis La Frontera S. A., reitera las razones de defensa y las excepciones propuestas por el apoderado del Municipio de Ipiales:

### 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 10 de agosto de 1994 se admitió la demanda (fl. 208 del cuaderno principal).

Mediante proveído de 7 de octubre de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl. 381 del cuaderno principal).

Por auto de 19 de mayo de 1995 (fl. 568 del cuaderno principal), 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. 570 del cuaderno principal), la sociedad tercera interesada (fl. 572 *ibidem*) y el señor Agente del Ministerio Público (fl. 424 *ibidem*).

## **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. 598 a 603 del cuaderno principal):

Frente a la excepción de inepta demanda sustancial por no indicarse la normas violadas y el concepto de su violación, debe decirse que no prospera, puesto que para la demandante la única norma transgredida es el Decreto 1787 de 1990 y con respec-

## SECCION PRIMERA

to a él no hay duda alguna de que sí fue citado y explicado detalladamente en cuanto a su articulado presuntamente violado.

La excepción de falta de integración del *litis* consorcio necesario tampoco prospera, por cuanto fue llamada a integrar el contradictorio por disposición del Tribunal y precisamente por ello la empresa Taxis La Frontera S.A. propuso excepciones.

En cuanto a la excepción de indebida autenticación de los documentos que se anexan tampoco es de recibo, ya que si bien es cierto se encuentran autenticadas por notario, no lo es menos que se ha venido aceptando que los documentos agregados a la demanda se presumen auténticos y que quien dude de su autenticidad debe tacharlos de falsos, cuestión que no sucedió.

La excepción denominada inexistencia sustancial del derecho será resuelta sin consideración especial al analizar el fondo del asunto.

En efecto, los actos acusados son las Resoluciones números 125 de 16 de junio de 1994, proferida por el Alcalde del Municipio de Ipiales, por medio de la cual resuelve el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución número 054 de la Secretaría de Tránsito y Transportes, declarando inexistente la oposición formulada por la aquí empresa demandante, y la actuación administrativa cumplida por dicha Secretaría; y la número 071 de 27 de junio del mismo año, expedida por la Secretaría de Tránsito, a través de la cual se obedece la orden impartida por la Alcaldía Municipal y se hacen otros ordenamientos.

Si bien es cierto que en principio podría pensarse que debió también demandarse el acto administrativo objeto de apelación (Resolución número 054 de 1994), también lo es que éste debe entenderse revocado, pues declaró inexistente la oposición presentada y la correspondiente actuación administrativa.

Del análisis de la Resolución que resolvió el recurso de apelación (número 125 de 1994), surge que la misma no violó en forma alguna los artículos del Decreto 1787 de 1990, encontrando que por el contrario sí los violó la Resolución número 054 del mismo año, que quedó sin piso al resolverse dicha apelación.

Lo anterior por cuanto tal y como está concebida la Resolución número 125, se tiene que se expidió con fundamento en lo prescrito en los artículos 35 y siguientes del Decreto 1787 de 1990, pues la Empresa Taxis La Frontera S.A. elevó la solicitud para operar la ruta en cuestión, la cual fue tramitada regularmente hasta el momento de operar su publicación, tal y como se ordena en los artículos 37 y 38 del mismo decreto. A partir de dicho momento se inicia la serie de irregularidades que en definitiva dieron al traste con la resolución expedida por la Secretaría de Tránsito (la número 054 de 1994) y que dispuso, entre otras cosas, dar cabida a la oposición presentada por la aquí demandante, la cual considera el Tribunal lo fue extemporáneamente lo que implica que no se efectuó, y peor todavía, teniendo en cuenta que la citada oposición fue allegada y sustentada por una profesional del derecho que no ostentaba para tal momento facultad alguna para representar a la opositora.

La extemporaneidad se demuestra con la publicación del 5 de febrero de 1993 que se efectuó en el Diario del Sur, pues a partir de dicha fecha se cuentan los 30 días hábiles

para presentar oposiciones, los cuales vencieron el 18 de marzo de 1993, teniéndose que la oposición presentada tiene como fecha el 19 de marzo del mismo año.

En consecuencia, al ser extemporánea la oposición debió ser rechazada por parte de la Secretaría de Tránsito, para disponer la adjudicación de la ruta a quien la había solicitado, en cumplimiento del artículo 39 del Decreto 1787 de 1990.

Respecto de la prueba de la falta de representación de la apoderada de la opositora, debe tenerse en cuenta el oficio de 19 de abril de 1995, expedido por el funcionario que en primera instancia tramitó el expediente respectivo.

En cuanto al concepto del señor Procurador quien considera que no hubo publicación de la ruta nueva adjudicada y que por lo tanto se debe acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, esto es, a la nulidad de la Resolución 071 de 1994, el Tribunal estima que, en primer lugar, no está en condiciones de hacer apreciaciones de tal índole porque tal petición no se concretó en el libelo y, en segundo lugar, porque tampoco se conoce a ciencia cierta que se trate de una ruta diferente a la inicialmente solicitada, pues se trata de la denominada ruta 2 y a ella aludió la irregular oposición y a la cual se refiere el informe evaluativo de los funcionarios de tránsito en los siguientes términos "...no existe doble servicio, sino pequeños tramos y dadas las características viales de la ciudad es posible prescindir...". No se puede entonces hablar de ruta nueva para pretender una nueva publicación.

La Resolución número 125 de 1994 que en el fondo revocó la proferida por la Secretaría de Tránsito de Ipiales (Resolución 054 de 1994), se ajustó estrictamente a los mandatos legales, razón por la cual, si se predica lo anterior del acto principal demandado, igual suerte debe correr la Resolución número 071 del mismo año, expedida por la mencionada Secretaría, ya que este último acto no es otra cosa que una determinación administrativa de mero cumplimiento a lo dispuesto por el superior, máxime cuando se dispone en la Resolución número 125 de 1994 que el inferior dé cumplimiento a lo prescrito en el artículo 39 del Decreto 1787 de 1990.

### 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 se sintetizan a continuación (fls. 605 a 612 del cuaderno principal):

1ª. Taxis La Frontera S.A. es una empresa de transporte individual que jamás podrá prestar un transporte colectivo exclusivo de buses, razón por la cual no podía exhibir licencia de funcionamiento que la catalogara con esa condición legal y experiencia como lo exige el Decreto 1787 de 1990 (artículos 35 y s.s.).

2ª. El procedimiento administrativo adjudicatorio para servir áreas de operación, rutas y horarios está previsto en el Decreto 1787 de 1990 y en los artículos 3º, 5º y 6º de la Ley 105 de 1993, artículos éstos que no se tuvieron en cuenta ni en la actuación administrativa ni en el proceso contencioso. En consecuencia la Empresa Taxis La Frontera S.A. no estaba legalmente facultada para abrir un procedimiento administrativo adjudicatorio de ruta.

## SECCION PRIMERA

3ª. El recurso de apelación fue presentado extemporáneamente por la Empresa Taxis la Frontera S.A. el día 14 de marzo de 1994, pues ha debido ser interpuesto el 7 de febrero del mismo año, fecha en que presentó el recurso de reposición. La Alcaldía Municipal de Ipiales usurpó poder jurisdiccional al declarar la “Inexistencia de Actos Administrativos” mediante otro acto administrativo (Resolución 125 de 1994), planteamientos que el Tribunal recogió en la sentencia apelada, interpretando además que lo que el Alcalde hizo en la Resolución número 125 de 1994, al declarar la “inexistencia de la oposición de la empresa Colectivos Ciudad de Ipiales...”, fue revocar el acto administrativo que decidió negar la solicitud de la Empresa Taxis La Frontera S.A., transgrediendo con dicha interpretación los parámetros legales del C.C.A., pues se sabe que la revocatoria es una figura potestativa de las autoridades administrativas que en cuanto a su configuración y causales es típica y taxativa (artículo 69 C.C.A.), en donde no cabe la hermenéutica jurídica: o es revocatoria, o es inexistencia, o es nulidad; pero una y otra cosa jamás. Diferente es que los efectos de éstas se parezcan, pero ello no implica que sean iguales, pues la revocatoria opera hacia el futuro y la nulidad y la inexistencia hacia el pasado y la autoridad que declara la revocatoria es la administrativa, en tanto que la que declara la inexistencia y la nulidad es la jurisdiccional.

4ª. La sentencia recurrida al igual que la resolución que resuelve el recurso de apelación no hace un estudio integral del procedimiento administrativo como se impone en la revisión jurisdiccional, sino que lo hace recaer sobre un hecho meramente formal: si hubo o no extemporaneidad en la oposición presentada por la demandante, y no si estos terceros fueron notificados como lo ordena el artículo 14 del C.C.A. y si el procedimiento se siguió conforme a los principios de eficacia, celeridad, imparcialidad, etc. de que trata el artículo 3º *ibidem*.

5ª. El procedimiento administrativo adjudicatorio de rutas contiene innumerables irregularidades de forma y de fondo, unas subsanadas por las autoridades o por la actividad de las partes, por ejemplo, al no oponerse oportunamente a la extemporaneidad de la oposición, o a la falta de representación de la Empresa Colectivos Ciudad de Ipiales, que se consideró “agencia oficiosa”. Como inconsistencias de fondo se tienen las peticiones incompletas de Taxis La Frontera S.A., la existencia del servicio prestado por empresas de transporte urbano colectivo ya constituidas, falta de estudio de impacto ambiental, el cambio de ruta solicitada lo que daba una nueva ruta y por tanto ello obligaba a rehacer el proceso administrativo como lo indicó el Alcalde de Ipiales en la Resolución número 125, la extemporaneidad del recurso de apelación interpuesto por Taxis La Frontera S.A., etc.

6ª. El Tribunal Administrativo de Nariño, al darle observancia a una irregularidad de forma (extemporaneidad de la oposición), invirtió el principio constitucional al considerar que no es el derecho sustancial lo importante sino la mera formalidad, transgrediendo el artículo 228 de la Constitución Política que en horabuena consagró el principio de la prevalencia del derecho sustancial, ratificado por la Corte Constitucional en sentencia de 12 de mayo de 1992.

7ª. La Resolución número 071 de 1994 si bien es cierto es un acto de cumplimiento, también lo es que la autoridad administrativa que lo expidió se extralimitó en sus funciones, al interpretar lo que quiso decir el Alcalde de Ipiales con "Procédase de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1787 de 1990", pues aceptando, en gracia de discusión, que el alcalde podía declarar la inexistencia de la oposición, se entendería que el proceso administrativo adjudicatorio se quedaba sin oposición y esta posibilidad no está contemplada en el artículo 39 del Decreto 1787 de 1990, pues en éste sólo se contempla que la oposición prospere o no prospere. No obstante lo anterior, la Alcaldía entendió que debía asignar la ruta a la Empresa Taxis La Frontera, y así procedió, desconociendo con ello lo resuelto por el superior y de paso convirtiendo la actuación administrativa complementaria de cumplimiento, en una tercera instancia gubernativa.

#### IV. LA IMPUGNACION DEL RECURSO

La apoderada de la Empresa Taxis La Frontera S.A., en escrito visible a folios 15 a 24 del cuaderno número 2, rebate los argumentos expuestos en el recurso objeto de estudio, y destaca el hecho de que el apelante en ninguno de sus razonamientos refuta o controvierte dos hechos innegables que le permitieron al Tribunal denegar las pretensiones, como lo son la extemporaneidad de la oposición contra la Ruta número 2 y la carencia de poder o representación de la abogada que a nombre de Colectivos Ciudad de Ipiales S.A., presentó la oposición ante la Secretaría de Tránsito y Transportes.

#### V. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación considera que de lo obrante en el proceso se extrae que en la actuación administrativa objeto de la controversia no existen irregularidades de carácter sustancial que ostenten la fuerza suficiente para que con fundamento en ellas el juez administrativo considere que se desvirtuó su presunción de legalidad y acceda a las pretensiones formuladas. En consecuencia, solicita se confirme la sentencia apelada.

#### VI. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala observa que el Tribunal de origen no se pronunció respecto de todas las excepciones propuestas por los apoderados del Municipio de Ipiales y de la Empresa Taxis La Frontera S.A., razón por la cual procederá a ello.

a) Frente a la excepción de legalidad de los actos administrativos acusados e inexistencia de obligación alguna a cargo de la entidad demandada, debe precisarse que las mismas no constituyen excepción alguna, por cuanto no contienen aspectos modificativos, impeditivos o extintivos de la acción, sino que en ellas se está englobando la defensa. Para llegar a determinar la legalidad o ilegalidad de las resoluciones demandadas y la existencia o no de obligación alguna, es preciso efectuar el análisis de fondo propio de la sentencia.

Por lo anterior no están llamadas a prosperar.

## SECCION PRIMERA

b) La excepción de indebida acumulación de pretensiones planteada, por cuanto la solicitud de suspensión provisional no se solicitó conforme a lo establecido en el artículo 152 del C.C.A. tampoco prospera, ya que ello no implica una indebida acumulación de pretensiones pues dicha solicitud no pugna con las otras pretensiones solicitadas. Cuestión distinta es que al no reunir los requisitos legales para su procedencia, la medida precautelativa solicitada deba ser denegada, como en efecto lo hizo el Tribunal de Nariño.

c) En cuanto a las excepciones denominadas “inexistencia del derecho sustancial para demandar” y “carencia de derecho y como tal carencia de acción”, considera la Sala que tampoco están llamadas a prosperar, por cuanto no constituyen realmente excepciones sino que reflejan la oposición frente al fondo del litigio planteado, de manera similar a la primera de las excepciones analizada “sobre legalidad de los actos acusados e inexistencia de obligación alguna”.

Procede entonces la Sala a realizar el análisis de fondo que corresponde, aclarando que sólo se pronunciará respecto de los argumentos del recurrente que fueron expuestos en la demanda y que tienen que ver con la sentencia apelada, puesto que frente a los nuevos razonamientos contenidos en la sustentación del recurso y en la complementación del mismo (presentada esta última fuera de término) no es procedente un pronunciamiento, ya que, de una parte, ello iría en contra del derecho de defensa de los demás intervinientes y de otra, porque el objeto de la apelación es la sentencia de primera instancia a la cual se debe circunscribir el estudio. En consecuencia, no serán analizados en esta instancia los argumentos del recurrente identificados como razones 1ª, 2ª, 4ª (parcialmente) y 5ª por no haber sido planteados desde la demanda.

La parte resolutoria de los actos demandados, pertinente a la presente controversia, es como sigue:

Resolución número 125 del 16 de junio de 1994, expedida por el Alcalde del Municipio de Ipiales:

“Artículo primero. Declarar inexistente la oposición presentada por la empresa Colectivos Ciudad de Ipiales, contra la solicitud para la autorización de la prestación de la ruta número 2, en servicio urbano colectivo, realizada por la empresa Taxis La Frontera, por haber sido presentado fuera del término contemplado por el artículo 38 del Decreto 1787 de 1990.

“Artículo segundo. Declarar inexistente la actuación administrativa realizada por la Secretaría de Tránsito y Transporte Municipal de Ipiales, originada a partir de la presentación extemporánea de la oposición de que trata el artículo anterior.

“Artículo tercero. Procédase de conformidad con el artículo 39 del Decreto 1787 de 1990”.

Resolución número 071 del 27 de junio de 1994, proferida por el Secretario de Tránsito y Transportes del Municipio de Ipiales:

“Artículo primero. Obedézcase y cúmplase lo resuelto por el Ejecutivo Municipal en la Resolución número 125 de junio 16 de 1994.

“Artículo segundo. Como consecuencia de lo anterior y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 39 del Decreto 1787 de Agosto 3 de 1990, asignase a la Empresa Taxis La Frontera S.A. la prestación de la ruta número 2 bajo las siguientes características: ...”.

El recurrente insiste para solicitar la nulidad de los actos acusados, en que el recurso de apelación en contra de la Resolución número 054 de 1994 (fl. 168 del cuaderno principal), por medio de la cual se declararon probados los fundamentos técnicos propuestos por la Empresa Colectivos Ciudad de Ipiales, en contra del estudio presentado por la empresa Taxis La Frontera S.A. y, en consecuencia, se le negó a ésta la solicitud presentada, fue interpuesto en forma extemporánea, lo cual genera la nulidad de la Resolución número 125 del 16 de junio de 1994, que resolvió el recurso de apelación en contra de la citada Resolución número 054.

En los antecedentes administrativos que obran en el expediente, a folio 396 del cuaderno principal se encuentra el escrito contentivo del “Recurso de reposición y/o apelación en contra de la Resolución número 054 de enero 25 de 1994”, el cual según sello de correspondencia fue presentado el 7 de febrero de 1994, lo que además es corroborado por el Secretario de Tránsito y Transportes de Ipiales, según certificación que obra a folio 385 *ibidem*, en la que se dice que “Por último le informo que por un error de la Secretaría al momento de ser presentado el recurso de reposición por el representante legal de la Empresa Taxis la Frontera, no se hizo presentación personal y se continuó con el trámite respectivo tal y como lo indican las fotocopias que anexo y que fueron radicadas con **fecha 7 de febrero del año en curso**” (las negrillas no son del texto).

La parte demandante sustenta la extemporaneidad en el hecho de que en el escrito de interposición de los recursos en contra de la Resolución número 054 de 1994, la empresa Taxis La Frontera S.A., en primer término, solicita la reposición del citado acto administrativo y, en subsidio de lo anterior, nuevamente solicita reposición, considerando que por lo tanto en este escrito solamente interpuso reposición y que en consecuencia, cuando reiteró mediante escrito del 16 de marzo de 1994 que se resolviera el recurso de apelación, éste era extemporáneo.

Para la Sala el cargo en estudio no prospera, pues es evidente que en efecto lo que quiso la empresa recurrente fue interponer recurso de reposición y en subsidio el de apelación como lo manifestó en el encabezamiento de su escrito, pues carece de toda lógica solicitar un recurso y en subsidio solicitar el mismo recurso, razón por la cual la interpretación dada por la Secretaría de Tránsito fue correcta en el sentido de entender que se estaba interponiendo en subsidio el recurso de apelación. Lo cual conduce a concluir que la Resolución número 125 de 1994, aquí demandada no está viciada de nulidad, en cuanto resolvió un recurso interpuesto oportunamente.

La segunda inconformidad de la parte actora radica en que el Tribunal haya interpretado que la Resolución número 125 de 1994, al declarar la inexistencia de la

## SECCION PRIMERA

oposición, lo que hizo fue revocar la Resolución número 054 del mismo año, pues en su sentir no es lo mismo inexistencia, nulidad o revocatoria.

En efecto, los conceptos anteriores difieren entre sí pero ello no es obstáculo para que esta Corporación, en total acuerdo con el *a quo*, considere que en efecto lo que en el fondo hizo la Resolución número 125 fue revocar implícitamente la Resolución número 054 que encontraba fundada una oposición, revocatoria, que fue el resultado de un recurso interpuesto y no una revocatoria directa como lo pretende hacer ver la recurrente.

La razón que tuvo la Alcaldía Municipal de Ipiales para declarar la “Inexistencia” de la oposición presentada por la empresa aquí demandante fue la extemporaneidad de la misma, cuestión que no está por demás decir, reconoce la parte actora, y se encuentra debidamente acreditada en el expediente.

En efecto, a folio 126 del cuaderno principal se encuentra fotocopia de la publicación realizada el 5 de febrero de 1993, en la que se pone en conocimiento que dando cumplimiento al artículo 35 y siguientes del Decreto 1787 de 1990, “...la empresa Taxis La Frontera S. A., ha solicitado la autorización para la prestación de una nueva ruta...”.

El Decreto 1787 de 1990 en su artículo 38 prescribe:

“Transcurridos treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de la publicación, vence el término para que las empresas o sociedades presuntamente afectadas presenten **sus oposiciones** sustentadas técnica y/o jurídicamente.

“PAR. las oposiciones presentadas deberán acompañarse igualmente con la póliza de garantía de que habla el presente decreto» (negrillas fuera del texto).

Las oposiciones de la Empresa Colectivos de Ipiales S.A., fueron presentadas el 19 de marzo de 1994, como consta a folio 128 del cuaderno principal, cuestión que se reitera, fue aceptada por la demandante, teniéndose que el término para presentarlas venció el 18 del mismo mes y año, lo que no deja dudas de que en efecto su presentación fue extemporánea.

El apoderado de la empresa apelante sostiene que dicha extemporaneidad es una cuestión simplemente formal, estimando además que el Tribunal de Nariño invirtió el principio constitucional (artículo 228) que consagra la prevalencia del derecho sustancial.

Para esta Corporación no es de recibo lo anteriormente expuesto, dado que no puede considerarse que los términos contemplados para la presentación de acciones, recursos, oposiciones, etc., sean una cuestión puramente formal, pues de ser así ello conllevaría, por ejemplo, a que las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, o las de reparación directa pudiesen ser presentadas en cualquier tiempo, o que nunca los administrados tuviesen la certeza de cuándo adquiere firmeza una decisión adoptada por la Administración que los favorece o desfavorece, lo cual a todas luces es absurdo.

De otra parte, encuentra la Sala la gran contradicción en que incurre la apelante en sus argumentaciones, por cuanto al referirse a la supuesta extemporaneidad del recurso de apelación interpuesto en contra de la resolución que encontró fundada la oposición por ella presentada (Resolución 054 de 1990), expresa que dicha extemporaneidad es suficiente para declarar la nulidad de la Resolución No. 125 de 1994, pero, contrario *sensu*, al referirse a la extemporaneidad en que ella incurrió, la cual se encuentra perfectamente demostrada, considera que es una cuestión meramente formal.

Sobre el tópico de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, esta Corporación se remite a lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-026 de 4 de febrero de 1993:

“...la intención del Constituyente no fue la de eliminar los preceptos legales que establecen formalidades, o requerimientos en el trámite de los procesos judiciales, como se ha tratado de insinuar, ni mucho menos que tales mandatos a la luz de la Carta vigente no deban exigirse, ni cumplirse fielmente tanto por las autoridades como por los particulares...”

“De no ser así, cómo se entendería entonces, que en la misma Constitución se exija dentro de los requisitos del ‘debido proceso’, la observancia de la ‘plenitud de las formas propias de cada juicio?’

“Por estas razones considera la Corte que el artículo 228 de la Constitución del 91 no puede interpretarse en forma aislada e independiente de los demás textos constitucionales sino dentro de un todo sistemático y atendiendo el espíritu del constituyente...”.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Respecto de la Resolución número 071 de 27 de junio de 1994 estima la recurrente que el Secretario de Tránsito y Transportes de Ipiales se extralimitó en sus funciones al expedirla, porque si bien es un acto de cumplimiento, también lo es que aún admitiendo en gracia de discusión que el Alcalde podía declarar la inexistencia, el artículo 39 del Decreto 1787 sólo prevé la posibilidad de que prospere o no la oposición y en manera alguna que el proceso administrativo se quede sin oposición.

La Sala estima que en efecto, la Resolución número 071 de 1994 es un acto de cumplimiento en cuanto la Resolución número 125 de 1994 ordenó continuar con el procedimiento del artículo 39 del Decreto 1787 de 1990, el cual reza:

“Cuando se presenten oposiciones fundamentadas técnicamente, la autoridad competente realizará un estudio sobre las rutas, áreas de operación, sistemas o subsistemas solicitados y decidirá mediante acto administrativo motivado.

“En caso de no prosperar las oposiciones presentadas, se procederá a adjudicar las rutas, áreas de operación, sistemas o subsistemas a la empresa o sociedad

## SECCION PRIMERA

solicitante y se hará efectiva la póliza de garantía la (s) empresa (s) o sociedad (es) opositora (s).

“Si las oposiciones prosperan en forma parcial no se hará efectiva ninguna de las pólizas y se procederá a adjudicar a la empresa o sociedad solicitante, conforme a los resultados del estudio realizado y por la autoridad competente.

“En el evento en que prosperen las oposiciones, se negaren las rutas, áreas de operación, sistemas o subsistemas solicitados, se hará efectiva la póliza a las empresa o sociedades solicitantes.

“Si del estudio realizado por la autoridad resultaren rutas, áreas de operación, sistemas o subsistemas disponibles diferentes a los solicitados, la autoridad ordenará la publicación de las mismas y continuará el trámite normal para su adjudicación”.

Al haber sido revocada la decisión (Resolución número 054 de 1994) que declaraba probados los fundamentos técnicos propuestos por la Empresa Colectivos de Ipiiales S.A, en contra del estudio presentado por Taxis La Frontera S.A., la consecuencia lógica de ello es que dicha oposición no se tuvo por presentada y por consiguiente la autoridad competente debía proceder a la adjudicación de la ruta, siempre y cuando no resultare una nueva ruta.

Arguye la sociedad demandante que en la resolución en estudio se adjudicó una ruta diferente a la solicitada, razón por la cual lo que procedía era la publicación de la nueva ruta, para así poder continuar con el procedimiento administrativo.

Sobre el particular, observa la Sala que si bien es cierto que en el concepto rendido por los Jefes de la División de Tránsito y de Seguridad de la Secretaría de Tránsito se habla de 13 modificaciones que consideraron conveniente efectuar a la ruta solicitada (fl. 165 del cuaderno principal), no lo es menos que al comparar la ruta solicitada (fls. 12 y 13 del anexo), con la ruta adjudicada en la Resolución número 071 de 1994, se encuentra solamente una (1) modificación.

En efecto, en la ruta solicitada se dice que al llegar al Colegio Champagnat cruza por la calle 12 para coger la carrera 5ª, en tanto que en la ruta adjudicada en la Resolución número 071 se dice que llegando al citado colegio, cruza por la calle 12 para coger la carrera 4ª, variación que a juicio de esta Corporación no puede ser considerada como la adjudicación de una ruta diferente a la solicitada.

En consecuencia, el Secretario de Tránsito y Transportes actuó conforme le correspondía, esto es, adjudicando la correspondiente ruta a Taxis La Frontera S.A., dando aplicación al artículo 3º de C.C.A. que entre otros, consagra los principios de economía y celeridad.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Finalmente, la Sala manifiesta que no comparte la apreciación del *a quo*, cuando en respuesta al señor Agente del Ministerio Público Delegado ante ese Tribunal, afirma que no se podría acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda (en concepto de dicho Ministerio, a la nulidad de la Resolución número 071, por cuanto "...la Corporación no está en condiciones de hacer apreciaciones de tal índole, en primer lugar porque tales peticiones no se concretaron en el libelo...").

Al respecto esta Corporación precisa que no es necesario que la parte demandante solicite que de no declararse la nulidad de todos los actos acusados se declare la de uno de ellos, pues precisamente la obligación del fallador es entrar al análisis de la legalidad de éstos, y si encuentra que uno de los actos o que solamente un aparte de ellos se encuentra viciado de nulidad (siempre y cuando el demandante haya invocado la causal y la encuentre probada el juzgador), deberá declarar dicha nulidad.

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. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 17 de julio de 1995.

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 la segunda instancia.

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 quince de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Rodrigo Ramírez González, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Transcribe la sentencia C-026 del 4 de febrero de 1993 sobre prevalencia del derecho sustancial de la Corte Constitucional.

## **ACTO GENERAL / DEROGATORIA DEL ACTO - Efectos / SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos / SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia**

Frente a la impugnación de actos administrativos de carácter general, y no obstante haberse operado su derogatoria, es necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado en la demanda, "...pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún así derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

## **LEY MARCO / LEY CUADRO / REGIMEN DE ADUANAS**

A través del mecanismo de las leyes que la doctrina y la jurisprudencia han denominado "Leyes-Marco" o "Leyes-Cuadro", que en materia de "aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas" y de comercio exterior lo son las Leyes 6ª, de 1971 y 7ª de 1991, tanto el Constituyente de 1968 como el de 1991 procuraron dotar al régimen jurídico colombiano de un sistema ágil y expedito para enfrentar situaciones que requiriesen decisiones inmediatas, y que, dada su naturaleza, no pueden dar tregua a que surtan todos los trámites de expedición de una ley ordinaria. Es establecimiento de esta clase de leyes, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 73 de 18 de septiembre de 1986, "encuentra su justificación en la condición esencialmente mutable de aquellos fenómenos que exigen la regulación flexible o dúctil que se adecua a las cambiantes circunstancias del suceder aludido, de tal manera que sólo al Gobierno incumbe crear la normatividad jurídica que aquellos fenómenos reclaman y lo hacen por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o "marcos" dados por el legislador, quien al señalarlos, queda con aptitud legislativa recortada en las materias que la precitada disposición constitucional enuncia".

**REGIMEN DE ADUANA / GOBIERNO NACIONAL – Facultades / DEPOSITO DE MERCANCIAS BAJO CONTROL ADUANERO**

El Gobierno Nacional está facultado por la Constitución para modificar todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, sin que haya de exceptuarse lo que se relaciona con las normas que regulan la operación de almacenamiento de mercancías, la cual no cabe duda alguna que hace parte integrante de dicho régimen. Para la Sala no cabe duda cuando el artículo 3° de la Ley 69 de 1971 facultó al Gobierno para que revisara y adecuara el régimen vigente de aduanas, y que en especial la Ley 79 de 1931, no excluyó lo relacionado con los depósitos para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, pues si así lo hubiera pretendido, lo hubiera dicho expresamente. Además, no resulta lógico pensar que la Ley Marco de Aduanas autoriza al Ejecutivo la revisión de la legislación aduanera vigente en todos los campos, sin permitirle adecuar la parte administrativa, en la cual el almacenamiento de las mercancías en las operaciones de comercio exterior constituye un factor fundamental, bien se lleve a cabo por parte de personal de derecho privado o de derecho público.

**DEPOSITO DE MERCANCIAS BAJO CONTROL ADUANERO / DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - Facultades / PRESIDENTE DE LA REPUBLICA / DELEGACION DE FUNCIONES - Inexistencia**

Por expreso mandato del artículo 13 literal c) del Decreto 2117 del 29 de diciembre de 1992, “por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias” expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad que le confirió el artículo transitorio 20 de la Carta Política, el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene la función de dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y aduanera, directamente o mediante autorización, a terceros, y expedir las instrucciones y disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias”. Al estar facultado el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión aduanera y para expedir las disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, forzosamente debe concluirse que mediante los actos a que se refiere la parte actora, el Presidente de la República no delegó función alguna, sino que se limitó a precisar determinados aspectos sobre los cuales corresponde al mencionado funcionario expedir las disposiciones tendientes a lograr el debido cumplimiento de las normas reglamentarias contenidas en el Decreto 537 de 1995.

## SECCION PRIMERA

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número: 3350

Referencia: Expediente número 3350.

Actor: Sociedad Green Cargo de Colombia Ltda.

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 la Sociedad Green Cargo de Colombia Ltda. a través de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con el fin de obtener la declaratoria de nulidad del Decreto 537 de 30 de marzo de 1994, "por el cual se establecen normas para la habilitación de depósitos y se dictan otras disposiciones", expedido por el señor Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior.

### I. ANTECEDENTES

#### a. El acto acusado

Lo es el ya mencionado Decreto 537 de 1995, expedido por el Presidente de la República "en ejercicio de sus facultades legales y especialmente de las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991", cuyo texto omite la Sala transcribir en razón a lo extenso de sus disposiciones, sin perjuicio de que en el correspondiente análisis se haga referencia general a su contenido, en caso necesario.

#### b. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La actora considera que el decreto acusado es violatorio de las siguientes disposiciones constitucionales, por las razones que, expresadas en la demanda y en el alegato de conclusión, se sintetizan a continuación bajo la forma de cargos (fls. 13 a 23 y 117 a 119).

#### Primer cargo.

El decreto enjuiciado es violatorio del artículo 150 numeral 19, literal c) de la Carta Política, por cuanto los soportes normativos que se invocaron para su expedición se refieren a competencias gubernamentales ajenas al establecimiento de requisitos y condiciones operativas de los depósitos para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero.

Si se tiene en cuenta que la competencia asignada al Presidente de la República por el artículo 189 numeral 25 de la Constitución se concreta, en lo pertinente, en la facultad para "modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas", disposición esta concordante con la del artículo 150 numeral 19, literal c) *ibidem*, ello implica que tal facultad debe ejercerse de acuerdo con los contor-

nos generales de las Leyes Marco de Aduanas y de Comercio Exterior que se pretenden desarrollar, en las cuales se señalan los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para “modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que para expedir el acto acusado el Gobierno no podía apoyarse en el artículo 3° de la Ley 6ª de 1971, pues éste se limita a condicionar las modificaciones del régimen de aduanas a las recomendaciones del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas, al esquema del Código Aduanero Unico de la ALALC, a la legislación comparada y a los progresos técnicos de la administración aduanera, condicionamiento del que no se desprende facultad expresa ni implícita para regular actividades económicas conexas con el régimen aduanero.

El mismo resultado negativo se produce al estudiar el artículo 2° de la Ley 7ª de 1991, en tanto ninguno de los principios que enuncia tiene relación con la regulación de los agentes económicos que participan en el almacenamiento de las mercancías. En tal disposición se enumeran los principios a los cuales debe someterse el Gobierno “al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, es decir, establece las orientaciones políticas de esa actividad”.

En su alegato de conclusión manifiesta la actora no compartir el argumento de la parte demandada, en el sentido de que en desarrollo de la Ley 6ª de 1971 el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2666 de 1984, en el cual se señaló que se entiende por regímenes aduaneros “... las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías”, y que, por tanto, tal definición se encuentra ajustada a lo que el legislador de 1931 consideró como materia aduanera o régimen de aduanas, por cuanto quien define que se entiende por régimen de aduanas es la ley y no los decretos que se expidan con base en ella.

#### Segundo cargo.

El acto acusado viola el artículo 333 del ordenamiento constitucional, que establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común; que sólo la ley podrá establecer o autorizar permisos previos o requisitos para su ejercicio, y que el Estado, por mandato de la ley, debe impedir que se obstruya o restrinja la libertad económica, por cuanto al exigir condiciones y requisitos para el ejercicio de la actividad de los depósitos de mercancías, implica condicionamientos y restricciones a esa actividad económica, que deben tener fundamento claro y expreso en la ley y no en un decreto reglamentario.

La anterior conclusión se corrobora con la prohibición contenida en el artículo 84 de la misma Carta Política que también resulta quebrantado, según el cual cuando una actividad ha sido regulada de manera general por la ley, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio.

#### Tercer cargo.

Violación del artículo 211 de la Carta Política, pues mientras que atribuye a la ley el señalamiento de las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en sus

## SECCION PRIMERA

Ministros y Directores de Departamentos Administrativos, el decreto acusado, en abierta contradicción de dicha norma, delega en la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales la determinación de los requisitos que los depósitos de mercancías deben acreditar para obtener las licencias (arts. 4º y 6º), su renovación (art. 1º) y la habilitación de depósitos transitorios (art. 10).

### Cuarto cargo.

Incompetencia del Gobierno Nacional para expedir el acto acusado, que impone su declaratoria de nulidad por violación de los artículos 122 y 123 constitucionales, pues si en un Estado de Derecho toda competencia debe ser reglada, de tal manera que los servidores públicos “ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”, y si se tienen en cuenta las atribuciones constitucionales y legales invocadas para la expedición del Decreto 537 de 1995, “... hay que precisar que el ejercicio de dichas funciones sólo puede tener por objeto el señalado por el legislador al momento de fijar los parámetros generales de régimen de aduanas, que tal como se señaló atrás, en el presente caso es ajeno a la actividad económica de las personas jurídicas que se dedican al almacenamiento de mercancías».

### c. Las razones de la defensa

De la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 50 a 59). Ellas son, en resumen, las siguientes:

En relación con el primer cargo. La Ley 79 de 1931 se expidió con el fin de regular íntegramente la materia aduanera y en cuanto al almacenamiento de mercancías se previó que existieran bodegas oficiales directamente atendidas por la Administración del lugar en donde quedarán ubicadas, y que en algunos casos el Director General de Aduanas podría autorizar que en los Almacenes Generales de Depósito se almacenaran mercancías importadas o en tránsito, en cuyo caso quedaban sujetos al control de la Dirección General de Aduanas, quien mediante reglamento podía establecerles unos requisitos, cuya inobservancia da lugar a la imposición de sanciones.

A raíz de la reforma constitucional de 1968 se expidió la Ley 6ª de 1971, Marco de Aduanas, en cuyo desarrollo se profirió el Decreto 2666 de 1984, por el cual se revisó parcialmente la legislación aduanera, derogando la mayor parte de la Ley 79 de 1931 y en su artículo 1º señaló que se entiende por regímenes aduaneros “las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías”, definición que se ajusta a lo que el legislador de 1931 consideró como “materia aduanera” o «Régimen de Aduanas». Es decir, que el almacenamiento o depósito de mercancías objeto de importación o exportación hace parte del régimen de aduanas, como lo puntualizó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 12 de mayo de 1994, recaída dentro del expediente número 2646.

Lo anterior se corrobora con la definición que de depósito de aduanas se consagra en el artículo 1º de la Decisión 257 del Acuerdo de Cartagena, en los siguientes términos:

“Depósito de Aduanas. Régimen aduanero con arreglo al cual las mercancías importadas son almacenadas temporalmente en un lugar destinado a este efecto, con el régimen suspensivo del pago de gravámenes de importación”.

Se resalta “... que según lo previsto por el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convención de Kyoto, administrada por el Consejo de Cooperación Aduanera), numeral 6, “Las exigencias referentes a la construcción, al acondicionamiento y a la gestión de los depósitos temporales, las disposiciones aplicables al almacenamiento de mercancías y a la forma de llevar los inventarios y la contabilidad, así como las condiciones de ejercer control por la aduana, lo fijan las autoridades aduaneras”.

En razón a que todo lo anterior demuestra la regulación de las operaciones de depósito y almacenamiento de mercancías bajo control aduanero hace parte del régimen de aduanas, se concluye que bien podía el Gobierno en desarrollo de las leyes marco expedir el decreto acusado.

De otra parte, el auto acusado tampoco viola el artículo 84 de la Constitución, por cuanto al no limitar la regulación general de las actividades a la ley, ésta también está dada por los decretos reglamentarios de la misma, como el enjuiciado.

En relación con el segundo cargo. Las normas del decreto acusado tampoco restringen la libertad económica y la iniciativa privada, pues nada impide que cualquiera que desee dedicarse a la actividad de almacenamiento de mercancías lo haga, si considera que cumple con los requisitos mínimos exigidos por el Gobierno con el fin de garantizar tanto a los importadores como a la Nación la protección de sus derechos frente a los riesgos que se generan en desarrollo de la misma.

En relación con el tercer cargo. No se viola el artículo 211 de la Carta Política, pues la potestad reglamentaria radicada en el Presidente de la República ha sido delegada en materia aduanera al Director de Impuestos y Aduanas Nacionales por el artículo 13 literal f) del Decreto 2117, de 1992, sin que ello implique que el Presidente no la pueda reasumir en el momento en que lo considere necesario.

-De la Nación - Ministerio de Comercio Exterior (fls. 106 a 114). Ellas son, en resumen, las siguientes:

La habilitación de depósitos es una actividad orientada a facilitar a los particulares el cumplimiento de las normas existentes en materia de importaciones, exportaciones, tránsito aduanero y cualquier operación o procedimiento aduanero inherente a dicha actividad, cuya regulación busca el manejo adecuado, técnico y responsable que se debe tener en el manejo del comercio exterior, lo cual se hace con base en las prácticas y regulaciones internacionales en materia aduanera y de comercio internacional, buscando su unificación y facilidad para un mejor y adecuado desarrollo del sector externo de la economía del país, base de toda una estrategia económica y política plasmada en la Constitución, que tiene obvia relación con la función pública de la actividad aduanera, y que está regulada por el régimen aduanero.

## SECCION PRIMERA

Del mencionado régimen aduanero forma parte el Decreto 1909 de 1992, en cuyos artículos 2° y 3°, que tratan sobre la "Obligación aduanera en la importación" y sobre los "Responsables de la obligación aduanera", reconocen al depositario aduanero, entre otros, como responsable de dicha obligación, en la cual participa activamente dicho intermediario.

El mandato del artículo 3° de la Ley 6ª de 1971, de consultar organismos de carácter internacional y estudios y progresos técnicos en materia de administración aduanera cuando se trate de modificar el régimen de aduanas, no tiene otro ánimo que el de poner a tono la legislación con el ritmo de desarrollo del comercio internacional, el cual, según se observa en los diferentes tratados suscritos sobre la materia, busca alcanzar progresivamente un alto grado de simplificación y armonización de los regímenes aduaneros, lo que constituye uno de los objetivos esenciales del Consejo de Cooperación Aduanera, formalizado en Bruselas en 1950. Este organismo acoge lo establecido en el Convenio Internacional de Kyoto de mayo 18 de 1973 en lo concerniente a la simplificación y armonización de los Regímenes Aduaneros.

De lo anterior resulta, que el régimen aduanero internacional regula dentro de sus normas lo concerniente a los depósitos de mercancías bajo control aduanero, y que, por tanto, el Gobierno estaba habilitado para expedir el decreto acusado con fundamento en los mandatos superiores por él invocados.

Finalmente, el apoderado de la Nación - Ministerio de Comercio Exterior expresa que "en oposición a los cargos formulados por el demandante y a la acción de nulidad por él instaurada, invocó como excepción el hecho de la inexistencia del acto acusado, por haber sido derogado expresamente".

### **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 13 de junio de 1995 se admitió la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 26 a 28).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, el apoderado de la parte actora, el apoderado de la Nación - Ministerio de Comercio Exterior y el mencionado funcionario presentaron los escritos que obran a folios 106 a 114, 117 a 119 y 120 a 125 del expediente.

## **II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

En el escrito que lo contiene, el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación manifiesta, en resumen, lo siguiente:

Al expedir el decreto acusado el Ejecutivo no se excedió en el ejercicio de las facultades constitucionales y legales por él invocadas, por cuanto el régimen o la materia aduanera es un término que incluye las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, como lo puntualizó la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 12 de mayo de 1994, proferida dentro del expediente número 2646 con ponencia del Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

Luego de hacer referencia al derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución, y de transcribir algunos apartes de la sentencia T-441 de 1993, proferida por la Corte Constitucional, en los cuales se razona sobre tal derecho, el Agente del Ministerio Público conceptúa que deben prosperar las pretensiones de la demanda, pues "... no es dable al gobierno establecer discriminaciones al exigir unos requisitos que quiebran el equilibrio y solo permiten participar de una actividad económica a quienes integren una persona jurídica, con un patrimonio superior a setecientos millones de pesos...", violando con tal disposición los artículos 13, 25 y 333 de la Carta Política.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En cuanto a la excepción propuesta por la parte demandada, la cual implícitamente tiende a que se profiera fallo inhibitorio por sustracción de materia, en razón a que el decreto acusado fue derogado expresamente, la Sala habrá de declararla como no probada en la parte dispositiva de esta providencia, pues esta Corporación, en sentencia de 14 de enero de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, con ponencia del Consejero doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, dentro del expediente número S-157 y cuyo actor lo fue Roberto Bruce Raisbeck, unificó el punto de vista, muchas veces encontrado que en su seno existía de tiempo atrás, estimando que frente a la impugnación de actos administrativos de carácter general, y no obstante haberse operado su derogatoria, es necesario un pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado en la demanda, "... pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún si derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en sus efectos a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia".

En consecuencia, se procede al estudio y definición de las acusaciones formuladas en la demanda.

En relación con el primer cargo. En él se plantea que el decreto acusado es violatorio del artículo 150 numeral 19, literal c) de la Carta Política, en razón a que de los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991 no se desprende facultad expresa o tácita alguna para establecer requisitos y condiciones operativas para la habilitación de depósitos para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, ni

## SECCION PRIMERA

para regular la actividad conexas con el régimen aduanero de los agentes económicos que participan en el almacenamiento de las mercancías que ingresen o salgan del territorio aduanero colombiano.

Como marco de referencia para las pertinentes consideraciones, la Sala puntualiza lo siguiente:

1°. El Decreto 537 de 1995 se expidió por el Presidente de la República “en ejercicio de sus facultades legales y especialmente de las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991”.

2°. Los artículos 150 numeral 19, literal c), y 189 numeral 25 de la Carta Política disponen lo siguiente:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

“ ...

“ ...

“19. Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

“ ...

“ ...

“c. Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”.

“Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

“ ...

“ ...

“25. Organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones, concernientes al régimen de aduanas; regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley».

3°. Por su parte, los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, disponen, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 3°. Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación de Bruselas, el esquema del Código Aduanero uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931”.

“Artículo 2°. Al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, el Gobierno Nacional deberá hacerlo con sometimiento a los siguientes principios:

“1°. Impulsar la internacionalización de la economía colombiana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo.

“2. Promover y fomentar el comercio exterior de bienes, tecnología, servicios y en particular, las exportaciones.

“3. Estimular los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen y faciliten las transacciones externas del país.

“4. Impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local, para mejorar su competitividad internacional y satisfacer adecuadamente las necesidades del consumidor.

“5. Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional.

“6. Apoyar y facilitar la iniciativa privada y la gestión de los distintos agentes económicos en las operaciones de comercio exterior.

“7. Coordinar las políticas y regulaciones en materia de comercio exterior con las políticas arancelaria, monetaria, cambiaria y fiscal.

“8. Adoptar, sólo transitoriamente, mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país.

“Los anteriores principios se aplicarán con arreglo a los criterios de la economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan las actuaciones administrativas”.

4°. Los artículos 2° y 3° del Decreto 1909 del 27 de noviembre de 1992, “por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera”, señalan lo siguiente:

“Artículo 2°. Obligación aduanera en la importación.

«La obligación aduanera nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional.

## SECCION PRIMERA

“La obligación aduanera comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de conservar los documentos que soportan la operación, atender las solicitudes de información y pruebas, y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

“Artículo 3°. Responsables de la obligación aduanera.

“De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

“Para efectos aduaneros, la nación estará representada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales”.

Trazados como se encuentran los lineamientos tanto de orden constitucional como legal en que el Gobierno Nacional fundamentó su competencia para expedir los actos acusados, y reseñadas algunas disposiciones de los mismos órdenes que, entre otras, se estiman como básicas para la definición de las acusaciones planteadas por el actor, procede la Sala a puntualizar lo siguiente respecto del asunto *sub examine*:

A través del mecanismo de las leyes que la doctrina y la Jurisprudencia han denominado, “Leyes-Marco” o “Leyes-Cuadro”, que en materia de “aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” y de comercio exterior lo son las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, tanto el Constituyente de 1968 como el de 1991 procuraron dotar al régimen jurídico colombiano de un sistema ágil y expedito para enfrentar situaciones que requiriesen decisiones inmediatas, y que, dada su naturaleza, no pueden dar tregua a que surtan todos los trámites de expedición de una ley ordinaria. El establecimiento de esta clase de leyes, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en Sentencia número 73 del 18 de septiembre de 1986, “encuentra su justificación en la condición esencialmente mutable de aquellos fenómenos que exigen una regulación flexible o dúctil que se adecue a las cambiantes circunstancias del suceder aludido, de tal manera que solo al Gobierno incumbe crear la normatividad jurídica que aquellos fenómenos reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador, quien al señalarlos, queda con aptitud legislativa recortada en las materias que la precitada disposición constitucional enuncia”.

En relación con este tipo de leyes, consagrado en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, la Corte Constitucional, en Sentencia C-465 de julio 16 de 1992, proferida por su Sala Plena con ponencia del Magistrado doctor Ciro Angarita Barón, precisó los siguientes rasgos distintivos.

“1°. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del Ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.

“2°. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el Ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos, de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.

“3°. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.

“4°. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al Ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.

“5°. Revisadas las materias que la Reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

“6°. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o ‘marcos’ dados por el legislador en la respectiva ley.

En este orden de ideas se tiene que el Decreto 537 de 1995, se fundamenta, en forma muy especial, en el artículo 189 numeral 25 de la Constitución Política, que le atribuye al Presidente de la República la facultad, entre otras, de “...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas...”. Lo anterior pone en evidencia que el Gobierno Nacional está facultado por la Constitución para modificar todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, sin que haya de exceptuarse lo que se relaciona con las normas que regulan la operación de almacenamiento de mercancías, la cual no cabe duda alguna que hace parte integrante de dicho régimen no solo por cuanto el claro texto del mandato constitucional no permite inferir que el Constituyente de 1991 hubiera tenido intención de poner cortapisas a esta concreta atribución del Presidente de la República, y en razón a que el artículo 3° del Decreto 1909 de 1992 señala como responsable de la obligación aduanera, entre otros, al depositario de la mercancía por las actuaciones que se deriven de su intervención, sino esencialmente, debido a que “...el régimen de aduanas o la materia aduanera es un término genérico que incluye las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías”, como lo concluyó esta Sección en sentencia de 12 de mayo de 1994 con ponencia del Consejero de Estado doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, recaída dentro del Expediente número 2646, Actor: María Esperanza Cabrera Calixto.

## SECCION PRIMERA

En efecto, en dicha oportunidad la Sala expresó lo siguiente:

“Estima la Sala que no asiste razón a la demandante ya que el régimen de aduanas o la materia aduanera es un término genérico que incluye a las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, como bien lo hace notar el apoderado de la demandada. En efecto, el artículo 1° del Decreto 2666 de 1984, que para estos efectos se encuentra vigente ya que la derogatoria que del mismo hizo el artículo 111 del Decreto 1909 de 1992, como expresamente allí se lee, lo fue ‘exclusivamente en lo que se refiere al régimen de importación’, preceptúa: ‘Regímenes aduaneros son las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías’” (subrayas de la Sala).

En concordancia con lo anterior, para la Sala no cabe duda que cuando el artículo 3° de la Ley 69 de 1971 facultó al Gobierno para que revisara y adecuara el régimen vigente de aduanas, y en especial la Ley 79 de 1931, no excluyó lo relacionado con los depósitos para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, pues si así lo hubiera pretendido, lo hubiera dicho expresamente. Además, no resulta lógico pensar que la Ley Marco de Aduanas autorizara al Ejecutivo la revisión de la legislación aduanera vigente en todos los campos, sin permitirle adecuar la parte administrativa, en la cual el almacenamiento de las mercancías en las operaciones de comercio exterior constituye un factor fundamental, bien se lleve a cabo por parte de personas de derecho privado o de derecho público.

En consecuencia, no prospera el cargo.

En relación con el segundo cargo, en el cual se plantea la violación de los artículos 84 y 333 de la Carta Política con el argumento de que el decreto acusado exige condiciones y requisitos para el ejercicio de la actividad de los depósitos de mercancías bajo control aduanero, que implican restricciones a esa actividad económica, por lo cual sólo podían ser establecidos por la ley, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues, en primer término, la simple adopción de medidas o el establecimiento de nuevos requisitos para ejercer la actividad de depósito de mercancías bajo control aduanero, en momento alguno implica, por sí solo, una limitación a tal actividad económica, y, en segundo lugar, por cuanto, como lo ha reiterado la Sala en diversos pronunciamientos, la reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el artículo 84 de la Carta Política no es solamente la contenida en las disposiciones de orden legal, sino que también hacen parte de ella las reglamentaciones que se expidan a través de otras normas que las desarrollen, como es precisamente el caso del decreto cuya declaratoria de nulidad parcial se impetra, y con mayor razón tratándose de un decreto dictado en desarrollo de leyes marco.

Por lo tanto, el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo. En él se invoca la transgresión del artículo 211 de la Carta Política debido a que el Presidente de la República no podía delegar en el

Director de Impuestos y Aduanas Nacionales la facultad de determinar los requisitos que deben acreditar los depósitos de mercancías bajo control aduanero para obtener su habilitación como tales, para la renovación de la misma y para la habilitación de depósitos transitorios.

Sobre el particular, la Sala precisa lo siguiente:

Por expreso mandato del artículo 13 literal c) del Decreto 2117 de 29 de diciembre de 1992, “por el cual se fusionan la Dirección de Impuestos Nacionales y la Dirección de Aduanas Nacionales y se dictan disposiciones complementarias”, expedido por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad que le confirió el artículo transitorio 20 de la Carta Política, el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales tiene la función de “dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión tributaria y aduanera, directamente o mediante autorización a terceros, y expedir las instrucciones y disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias”.

De la anterior disposición resulta que al estar facultado el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales para dirigir, planear, organizar y controlar las operaciones relacionadas con la gestión aduanera y para expedir las disposiciones necesarias para facilitar el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias, forzosamente debe concluirse que mediante los actos a que se refiere la parte actora, el Presidente de la República no delegó función alguna, sino que se limitó a precisar determinados aspectos sobre los cuales corresponde al mencionado funcionario expedir las disposiciones tendientes a lograr el debido cumplimiento de las normas reglamentarias contenidas en el Decreto 537 de 1995.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el cuarto cargo. Como quiera que las acusaciones de violación de los artículos 122 y 123 de la Carta Política se edifican sobre la base de que las normas invocadas como fundamento para la expedición del decreto acusado no le atribuyen competencia al Ejecutivo para regular las operaciones de almacenamiento de mercancías bajo control aduanero y la actividad de las personas que se dedican a la misma, y ello ya fue objeto de definición en el estudio de los cargos anteriores, los cuales no prosperaron, éste ha de correr con la misma suerte de aquéllos.

Por consiguiente, no prospera el cargo.

En consecuencia, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad del Decreto 537 de 1995, ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

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 en desacuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

## SECCION PRIMERA

### FALLA:

Primero. DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por la Sociedad Green Cargo de Colombia Ltda.

Segundo. DEVUELVASE 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 veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reitera la sentencia de 14 de enero de 1991, Sala Plena, Consejero ponente: Carlos Gustavo Arrieta, Expediente número S-157, Actor: Ruberto Bruce Raisbeck.

**NOTA DE RELATORIA:** Cita la sentencia de la Corte Constitucional número C-465 del 16 de julio de 1992, proferida por su Sala Plena con Ponencia del Magistrado doctor Ciro Angarita Barón.

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera la sentencia de mayo 12 de 1994, Consejero ponente: Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Expediente número 2646, Actor: Esperanza Cabrera.

**CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Funciones / MEDIO AMBIENTE / RECURSOS NATURALES / PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE / LICENCIA AMBIENTAL - Otorgamiento / MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE / COMPETENCIA / CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA**

Para la Sala es claro que si en las diversas disposiciones que integran el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, así como en las restantes normas del mismo estatuto no se atribuye competencia expresa a las Corporaciones Autónomas Regionales para expedir en su propio favor las licencias ambientales que de acuerdo con la ley y el reglamento se requieran para la ejecución de obras o actividades que pretendan adelantar directamente en ejercicio de las funciones en ellas asignadas, necesariamente ha de concluirse que el hecho de que el artículo 52 de la indicada ley determine unas reglas de competencia taxativas para el Ministerio del Medio Ambiente, en materia de otorgamiento de licencias ambientales en modo alguno impide que mediante reglamento, y en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 6° de la misma ley, se le asigne otra u otras "...funciones que no hayan sido expresamente atribuidas por la ley a otra autoridad" en lo relacionado con el medio ambiente y los recursos naturales, como lo es, precisamente, aquellas que se consagran en los actos acusados, por lo cual no puede sostenerse válidamente que el Gobierno Nacional incurrió en violación de las normas legales.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número 3360.

Actora: Juli Rosario Céspedes Latorre.

Procede la Sección Primera a dictar sentencia de única instancia para resolver la demanda que ha dado lugar el proceso de la referencia, instaurada por la ciudadana Juli Rosario Céspedes Latorre en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84

## SECCION PRIMERA

del C. C. A., tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del numeral 15 del artículo 7° y el parágrafo 2° del artículo 8° del Decreto número 1753 de 3 de agosto de 1994, “por el cual se reglamenta parcialmente los Títulos VIII y XII de la Ley 99 de 1993 sobre licencias ambientales”, expedido por el Gobierno Nacional.

### I. ANTECEDENTES

a) Los actos acusados

**Son los siguientes:**

1°. “Artículo 7°. Competencia del Ministerio del Medio Ambiente. El Ministerio del Medio Ambiente otorgará de manera privativa la Licencia Ambiental en los siguientes casos:

“...  
“...  
“15. Los casos establecidos en el parágrafo 2° del artículo 8° de este decreto.

2°. “Artículo 8°. Competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales. Las Corporaciones Autónomas Regionales, son competentes en su respectiva jurisdicción para otorgar Licencia Ambiental en los siguientes casos:

“...  
“...  
“Parágrafo 2°. Cuando las actividades enumeradas en este artículo sean adelantadas por las Corporaciones Autónomas Regionales, la Licencia Ambiental será otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente”.

b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

La parte actora considera que los actos acusados incurren en violación de las siguientes normas, por las razones que se sintetizan a continuación bajo la forma de cargos, expresados en la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 17 a 24 y 160 a 165):

*Primer cargo.*

Violación del artículo 189-10 de la Carta Política, pues mientras que según sus mandatos el Presidente de la República debe promulgar sus leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento, los actos acusados excedieron el alcance de las normas reglamentadas, al asignar competencia al Ministerio del Medio Ambiente para expedir las Licencias Ambientales cuando se trate de la ejecución de obras por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales, distintas de las de riego y avenamiento, la cual no le fue atribuida por el artículo 52 de la Ley 99 de 1993, y que estaba radicada en cabeza de dichas Corporaciones de acuerdo con lo previsto en los numerales 9° y 12 del artículo 31 de la indicada ley.

*Segundo cargo.*

Violación del artículo 189-11 de la Carta Política, pues si el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República tiene por objeto lograr la cumplida ejecución de la ley, ello no se logra en este caso, pues mediante los actos acusados se modifica lo prescrito en la ley que dice reglamentar. Es decir, a través del reglamento se podía asignar competencias a las Corporaciones Autónomas Regionales en materia de expedición de licencias ambientales pero no despojarlas de aquellas que les había atribuido la ley.

*Tercer cargo.*

Violación de los numerales 9º y 12 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, pues si en ellos se atribuye competencia a las Corporaciones Autónomas Regionales para otorgar, entre otras, las "... licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente...", y para hacer lo propio para "...los usos del agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables, lo cual comprenderá el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos líquidos, sólidos y gaseosos, a las aguas en cualquiera de sus formas, al aire o a los suelos, así como los vertimientos o emisiones que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables...", ello significa que en relación con las obras que deben realizar dichas Corporaciones por mandato de la ley, conforme a las indicadas normas, además de aquellas cuya ejecución asuman para el adecuado manejo de las cuencas hidrográficas en coordinación con los organismos directores u ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras (art. 31 numeral 19 *ibidem*), y de cumplimiento de convenios con las entidades territoriales (art. 31 numeral 20 *ibidem*), ellas pueden realizarlas "...autónomamente sin obtener permiso previo toda vez que la ley les otorgó la competencia de autoridad ambiental para proveer, bajo su responsabilidad, lo pertinente".

Además de lo anterior, no se entiende por qué el reglamento modificó la ley para obtener que las licencias ambientales no pueden ser otorgadas directamente por las Corporaciones en los casos en que ellas mismas deban construir las obras, pues es claro que no existe ninguna incompatibilidad para ello, porque ambas actuaciones están comprendidas en su objeto legal, y porque el acto administrativo que la concede está sujeto a suficientes controles de legalidad.

De otra parte, cabe advertir que el único caso exceptuado por la Ley 99 de 1993 respecto de la expedición de licencias ambientales por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales es el previsto en el numeral 19 de su artículo 31, cuando se trate de obras de riego y avenamiento que de acuerdo con las normas y los reglamentos requieran de dicha licencia, y que sean adelantadas directamente por tales entidades, en cuyo caso deberá ser expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, como expresamente lo determina el numeral 10 del artículo 52 del mencionado ordenamiento legal.

No es posible sostener válidamente que la facultad otorgada al Gobierno en el artículo 53 de la Ley 99 de 1993 para determinar mediante reglamento los casos de

## SECCION PRIMERA

expedición de licencias ambientales de competencia de las corporaciones puede amparar la asignación de una nueva competencia al Ministerio del Medio Ambiente, quitándosela a aquellos. En el mismo orden, tampoco puede argumentarse que la disposición del artículo 6° de la Ley 99 de 1993 que prescribe una cláusula general de competencia en favor del Ministerio del Medio Ambiente, podría ser sustento de la pretensión reglamentaria ilegal, puesto que dicha competencia ya había sido asignada por la ley a las Corporaciones Autónomas Regionales.

*Cuarto cargo.* Se vulnera igualmente el artículo 12 de la Ley 153 de 1887, “en cuanto dispone el alcance de los actos del ejecutivo (Gobierno), su naturaleza de normas jurídicas obligatorias siempre que no sean contrarias a la Constitución y las leyes. En el caso de las normas objeto de demanda, tal como hemos señalado antes, son contrarias a la ley en la medida en que disponen modificarla”.

En el alegato de conclusión, la demandante manifiesta que los actos acusados también violan el artículo 5° numeral 15 de la Ley 99 de 1993 y explica el concepto de su violación.

### c) Las razones de la defensa

La Sala se abstiene de hacer referencia a ellas, puesto que mediante providencia de 18 de agosto de 1995, se tuvo “por no contestada la demanda por parte de la Nación-Ministerio del Medio Ambiente, por cuanto el abogado que suscribe el correspondiente escrito no acompañó el documento que lo acredite como su apoderado judicial”.

### 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 30 de junio de 1995 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 31 a 38).

Por auto de 18 de agosto del mismo año se tuvo por no contestada la demanda por parte de la Nación-Ministerio del Medio Ambiente (fl. 64).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, hicieron uso de sus derechos la parte actora y el mencionado funcionario (fls. 160 a 165 y 155 a 159).

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene (fls. 155 a 159 Cdo. No. 1), el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación manifiesta que no comparte la tesis del actor en torno al presunto carácter modificatorio del Decreto 1753 de agosto 3 de 1994

frente a la Ley 99 de 1993, pues ésta permanece incólume en su contenido, y aquel sólo lo complementa en asuntos que no fueron expresamente tratados.

Considera igualmente que conforme a lo establecido en los artículos 5° numeral 15, 6° y 52 de la Ley 99 de 1993, el Ministerio del Medio Ambiente sí es competente en este caso para expedir licencias ambientales.

Por otra parte, aparece claro que los casos enunciados como de competencia del Ministerio son tratados en forma simple y escueta y que el decreto reglamentario lo que hizo fue concretar tales casos, y fijar los criterios de intervención del Ministerio al calificar con circunstancias especiales los eventos en los cuales entra a operar la entidad.

Señala, además, que el párrafo 2° del artículo 8° del Decreto 1753 de agosto 3 de 1994 fue consagrado por claras razones, pues no se puede ser juez y parte en el mismo asunto, tal como lo expresó la sección en las consideraciones del auto admisorio de la demanda.

Finalmente, respecto de la violación del artículo 189 numerales 10 y 11, carece de fundamento esta afirmación por cuanto "...no es verdad que el decreto haya excedido el alcance de la norma que reglamenta, y tampoco es cierto que la 'nueva' función asignada al Ministerio del Medio Ambiente, lo fuera antes de las Corporaciones Autónomas Regionales por mandato del artículo 31.9 y 31.12 de la Ley 99 de 1993 como sostiene el actor (fl. 8 de la demanda), por cuanto estos preceptos establecen de manera general las funciones de dichas Corporaciones, y el decreto demandado concreta la competencia para el desarrollo de esas funciones. Además, del texto de la ley no se vislumbra que en desarrollo de sus funciones las Corporaciones Autónomas sean tan autónomas que tengan competencia para concederse a sí mismas licencias ambientales".

Con fundamento en lo anterior, concluye que no se desvirtuó la presunción de legalidad de los actos acusados, por lo cual no deben prosperar las súplicas de la demanda.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En primer término la Sala avocará el estudio de las acusaciones de ilegalidad formuladas en los cargos tercero y cuarto de la demanda, pues, solo en la medida en que se concluya sobre el desconocimiento de las normas en ellos invocadas podría predicarse la violación de los preceptos constitucionales a que se refieren los cargos primero y segundo del libelo demandatario.

En relación con el tercer cargo. Como marco de referencia para su análisis, la Sala precisa lo siguiente:

1°. De acuerdo con el artículo 2° de la Ley 99 de 1993, el Ministerio del Medio Ambiente es el organismo rector de la gestión del medio ambiente y de los recursos naturales renovables.

## SECCION PRIMERA

2°. El artículo 6° de la indicada ley consagra una cláusula general de competencia a favor de dicho Ministerio, en los siguientes términos: “Además de las otras funciones que le asignen la ley o los reglamentos, el Ministerio del Medio Ambiente ejercerá en lo relacionado con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, las funciones que no hayan sido expresamente atribuidas por la ley a otra autoridad”.

3°. En cuanto a las funciones asignadas a las Corporaciones Autónomas Regionales para expedir licencias ambientales, los numerales 9°, 11 y 12 de artículo 31 de la Ley 99 de 1993 disponen lo siguiente:

“Artículo 31. Funciones. Las Corporaciones Autónomas Regionales ejercerán las siguientes funciones:

“... ”

“9. Otorgar concesiones, permisos, autorizaciones, licencias ambientales requeridas por la ley para el uso, aprovechamiento o movilización de los recursos naturales renovables o para el desarrollo de actividades que afecten o puedan afectar el medio ambiente. Otorgar permisos y concesiones para aprovechamientos forestales, concesiones para el uso de aguas superficiales y subterráneas y establecer vedas para la caza y la pesca deportiva;

“... ”

“11. Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso y depósito de los recursos naturales no renovables, incluida la actividad portuaria con exclusión de las competencias atribuidas al Ministerio del Medio Ambiente, así como de otras actividades, proyectos o factores que generen o puedan generar deterioro ambiental. Esta función comprende la expedición de la respectiva licencia ambiental. Las funciones a que se refiere este numeral serán ejercidas de acuerdo con el artículo 58 de esta ley.

“12. Ejercer las funciones de evaluación, control y seguimiento ambiental de los usos de agua, el suelo, el aire y los demás recursos naturales renovables, lo cual comprenderá el vertimiento, emisión o incorporación de sustancias o residuos líquidos, sólidos y gaseosos, a las aguas en cualquiera de sus formas, al aire o a los suelos, así, como los vertimientos o emisiones que puedan causar daño o poner en peligro el normal desarrollo sostenible de los recursos naturales renovables o impedir u obstaculizar su empleo para otros usos. Estas funciones comprenden la expedición de las respectivas licencias ambientales, permisos, concesiones, autorizaciones y salvoconductos”.

4. El Título VIII de la citada ley regula lo concerniente a las licencias ambientales, y en materia de competencia se señala lo siguiente:

a) La ley y los reglamentos deben definir las obras, industrias o actividades cuya ejecución, establecimiento o desarrollo, por producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente, e introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, requieran de una licencia ambiental (art. 49);

b) Sobre la base de la definición anterior, el artículo 51 expresa que “las licencias ambientales serán otorgadas por el Ministerio del Medio Ambiente, las Corporaciones Autónomas Regionales y algunos municipios y distritos, de conformidad con lo previsto en esta ley”;

c) En lo que respecta a las licencias ambientales que privativamente corresponde otorgar al Ministerio del Medio Ambiente, en el numeral 10 del artículo 52 de la citada Ley 99 se señalan los “proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales a que hace referencia el numeral 19 del artículo 31 de la presente ley”, en los siguientes términos:

“19. Promover y ejecutar obras de irrigación, avenamiento, defensa contra las inundaciones, regulación de cauces y corrientes de agua y de recuperación de las tierras que sean necesarias para la defensa, protección y adecuado manejo de las cuencas hidrográficas del territorio de su jurisdicción, en coordinación con los organismos directores y ejecutores del Sistema Nacional de Adecuación de Tierras, conforme a las disposiciones legales y a las previsiones técnicas correspondientes.

“Cuando se trate de obras de riego y avenamiento que de acuerdo con las normas y los reglamentos requieran de licencia ambiental, ésta deberá ser expedida por el Ministerio del Medio Ambiente”;

d) Por su parte, el artículo 53 de la ley, que trata sobre “la facultad de las Corporaciones Autónomas Regionales para otorgar Licencias Ambientales”, dispone que “el Gobierno Nacional por medio de reglamento establecerá los casos en que las Corporaciones Autónomas Regionales otorgarán Licencias Ambientales...”.

5. En el artículo 8° del Decreto 1753 de 1994, el Gobierno Nacional estableció los casos que se transcriben a continuación en que las Corporaciones Autónomas Regionales son competentes para otorgar licencias ambientales en su respectiva jurisdicción y dispuso en el párrafo 2° que “cuando las actividades enumeradas en este artículo sean adelantadas por las Corporaciones Autónomas Regionales, la Licencia Ambiental será otorgada por el Ministerio del Medio Ambiente”. Dichos casos son los siguientes:

“1. La actividad de exploración, explotación, beneficio, transporte y depósito en los recursos naturales no renovables, realizadas en desarrollo de la mediana y pequeña minería.

“2. Construcción de presas, represas o embalses con capacidad inferior o igual a doscientos millones de metros cúbicos.

“3. Construcción y operación de distritos de riego y drenaje para áreas inferiores o iguales a 20.00 hectáreas.

## SECCION PRIMERA

"4. Construcción de centrales generadoras de energía inferiores o iguales a 100.000 Kw de capacidad instalada, así como el tendido de líneas de transmisión o conducción en el área de jurisdicción de la respectiva Corporación Autónoma Regional, no pertenecientes al Sistema Nacional de Interconexión Eléctrica.

"5. Construcción, ampliación, modificación, adecuación y operación de puertos o terminales marítimos.

"6. Estaciones de servicios de combustible, depósitos de combustibles y plantas envasadoras y almacenadoras de gas.

"7. Construcción, ampliación, modificación, adecuación y operación de aeropuertos nacionales públicos y privados, y de terminales aéreos de fumigación.

"8. Ejecución de obras públicas de la red vial, no pertenecientes al sistema nacional.

"9. Transporte y almacenamiento de sustancias, desechos y residuos peligrosos u otros materiales que puedan ocasionar daño al medio ambiente con excepción de los hidrocarburos.

"10. Construcción y operación de bodegas, tanques e infraestructura de almacenamiento de sustancias, residuos y desechos peligrosos.

"11. Proyectos de aprovechamiento forestal único o persistente de carácter comercial.

"12. Proyectos de reforestación y silvicultura comercial, en caso de no existir un plan de ordenamiento forestal. Si lo hubiere, se requerirá un permiso de la autoridad ambiental competente.

"13. Establecimientos comerciales de zoológicos, floricultura intensiva y granjas pecuarias, acuícolas, piscícolas y avícolas.

"14. Construcción de sistemas de acueducto en áreas urbanas para el abastecimiento de agua potable a más de 5.000 usuarios.

"15. Construcción y operación de sistemas de alcantarillado, interceptores marginales, sistemas y estaciones de bombeo y plantas de tratamiento y disposición final de aguas residuales de entidades territoriales bajo jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional respectiva.

"16. Construcción y operación de sistemas de manejo, tratamiento y disposición final de residuos sólidos y desechos industriales, domésticos y peligrosos, de entidades territoriales bajo jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional respectiva, que no estén sujetos a controles por virtud de tratados, convenios y protocolos internacionales, conforme a lo establecido en el numeral 8° del artículo

7° de este decreto. No requiere de Licencia Ambiental la recolección y manejo de residuos reciclables no tóxicos o no peligrosos destinados a reciclaje.

“17. Diseño y establecimiento de complejos y distritos o ciudadelas industriales y zonas francas.

“18. Diseño y establecimiento de complejos y proyectos turísticos, recreacionales y deportivos.

“19. El desarrollo de parcelaciones, loteos, condominios y conjuntos habitacionales en zonas donde no existe un plan de ordenamiento de uso del suelo aprobado por la Corporación Autónoma Regional correspondiente.

“20. La construcción de obras y desarrollo de las siguientes actividades, cuando no exista un plan de ordenamiento y uso del suelo aprobado por las autoridades municipales o distritales y por la respectiva autoridad ambiental competente:

“a) Hospitales;

“b) Cementerios;

“c) Centros de acopio para almacenamiento y distribución de alimentos;

“d) Sistemas de transporte masivo;

“e) Construcción, ampliación, modificación, adecuación, y operación de terminales para el transporte terrestre de pasajeros y carga.

“21. Industria manufacturera de productos alimenticios.

“22. Industria manufacturera de textiles, prendas de vestir y cuero.

“23. Industria manufacturera de madera y muebles.

“24. Industria manufacturera de papel, imprentas y editoriales.

“25. Industria manufacturera de sustancias químicas, derivados del petróleo y del carbón, y el caucho.

“26. Industria manufacturera de productos minerales no metálicos, excepto el petróleo y el carbón.

“27. Industria manufacturera metálica básica.

“28. Industria manufacturera de productos metálicos, maquinaria y equipos.

“29. Manipulación genética y producción de microorganismos con fines comerciales.

“30. Las obras o actividades que requieren concesión, licencia o autorización de la DIMAR o de la Superintendencia General de Puertos”.

## SECCION PRIMERA

Ahora bien, del análisis coordinado y sistemático de las disposiciones anteriormente reseñadas, y de su aplicación al asunto *sub examine*, la Sala considera y concluye lo siguiente:

1°. Como quiera que el artículo 49 de la Ley 99 de 1993 defirió tanto a la ley como al reglamento determinar cuáles obras, industrias o actividades pueden producir deterioro grave a los recursos naturales o renovables o al medio ambiente, o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, y, por tanto requieren de licencia ambiental, ello implica que todos aquellos casos enumerados en el artículo 8° del Decreto Reglamentario 1753 de 1994, contenido de las disposiciones acusadas, son susceptibles de acarrear una u otra de las consecuencias señaladas en dicho artículo 49, por lo cual para su ejecución, establecimiento o desarrollo se impone el previo otorgamiento de una licencia ambiental, independientemente de que las mismas vayan a ser adelantadas por persona de derecho privado o de derecho público, dentro de estas últimas incluidas las Corporaciones Autónomas Regionales, puesto que la norma superior no establece excepción alguna.

2°. En concordancia con lo anterior, la Sala considera que no son válidos los argumentos de la actora, en el sentido de que únicamente las obras de riego y avenamiento que ejecuten directamente las Corporaciones Autónomas Regionales requieren de licencia ambiental expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, más no así los demás que se enuncian en el numeral 19 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, como tampoco aquellas a que se refieren los numerales 9° y 12 de la misma disposición, las cuales pueden realizarlas "...autónomamente, sin obtener permiso previo...", o, al menos con licencia ambiental expedida por la misma Corporación por las siguientes razones:

a) Porque el numeral 10 del artículo 52 de la ley en cita atribuye competencia privativa al Ministerio del Medio Ambiente para otorgar la licencia ambiental en el caso de los "proyectos que adelanten las Corporaciones Autónomas Regionales a que hace referencia el numeral 19 del artículo 31...", sin referirse en particular a las obras de riego y avenamiento, por lo cual debe entenderse que, sin excepción alguna, la obtención de la licencia ambiental se impone respecto de todas las obras que se enuncian en el mencionado numeral 19 del artículo 31;

b) Porque si bien en cumplimiento de las funciones atribuidas a las Corporaciones Autónomas Regionales en el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, éstas pueden ejecutar determinadas obras o desarrollar ciertas actividades, las mismas de ninguna manera podrán llevarse a cabo "...autónomamente sin obtener permiso previo...", como lo plantea la actora, pues tal requisito, como ya se analizó es de imperativo cumplimiento sin distinguir alguno, en los casos en que la ley o el reglamento las haya catalogado como susceptible de producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al medio ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje, calificación esta que norma alguna se le atribuye a dichas Corporaciones;

c) Porque de los términos de los numerales 9° y 12 del artículo 31 de la Ley 99 de 1993, cuya violación se atribuye a los actos acusados, para la Sala es indiscutible que

en ellos no se prevé en absoluto la posibilidad de que en los casos en que las Corporaciones Autónomas Regionales vayan a adelantar alguna actividad, proyecto u obra que se derive de sus disposiciones, puedan ellas autootorgarse la respectiva licencia ambiental, menos aun cuando el artículo 51 de la citada ley la define como “la autorización que otorga la autoridad ambiental, competente para la sujeción de una obra o actividad, sujeta al cumplimiento por el beneficiario de la licencia de los requisitos que ella misma establece en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y manejo de los efectos ambientales de la obra o actividad autorizada”, pues, como lo expresó esta sección en el auto admisorio de la demanda, y lo reitera en esta oportunidad, “no es lógico pensar, en principio, que cuando una actividad, proyecto u obra sea adelantada por una Corporación Autónoma Regional, sea ella misma quien deba autoconcederse la licencia ambiental que se requiera para el caso”. (Subrayado de la Sala).

3°. De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que si en las diversas disposiciones que integran el artículo 31 de la Ley 99 de 1993, así como en las restantes normas del mismo estatuto no se atribuye competencia expresa a las Corporaciones Autónomas Regionales para expedir en su propio favor las licencias ambientales que de acuerdo con la ley y el reglamento se requieran para la ejecución de obras o actividades que pretendan adelantar directamente en ejercicio de las funciones en ellas asignadas, necesariamente ha de concluirse que el hecho de que el artículo 52 de la indicada ley determine unas reglas de competencia taxativas para el Ministerio del Medio Ambiente, en materia de otorgamiento de licencias ambientales, en modo alguno impide que mediante reglamento, y en virtud de la cláusula general de competencia consagrada en el artículo 6° de la misma ley, se le asigne otra u otras “...funciones que no hayan sido expresamente atribuidas por la ley a otra autoridad” en lo relacionado con el medio ambiente y los recursos naturales, como lo es, precisamente, aquella que se consagra en los actos acusados, por lo cual no puede sostenerse válidamente que el Gobierno Nacional incurrió en violación de las normas legales que invoca la actora en sustento de este cargo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el cargo cuarto, en el cual se plantea la violación del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, la Sala considera que adolece de vocación de prosperidad, pues como lo ha expresado en otros pronunciamientos frente a acusación en el mismo sentido, y lo reitera en esta oportunidad, los mandatos de dicha norma “...hacen referencia a la obligatoriedad de los preceptos allí indicados y a su aplicabilidad mientras no sean contrarios a la Constitución y a las leyes, pero no a una causal de ilegalidad que pueda ser objeto de las acciones de nulidad, como la ejercida por el actor, cuya finalidad es la de obtener mediante su anulación, el restablecimiento del orden jurídico vulnerado por dichos actos” (Sentencia de 19 de mayo de 1995, Consejero Ponente, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Reinaldo Chavarro Buriticá, Expediente No. 3103).

## SECCION PRIMERA

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En relación con los cargos primero y segundo, en los cuales se plantea la violación de los numerales 10 y 11 del artículo 189 de la Carta Política, la Sala considera que no habiendo prosperado ninguna de las anteriores acusaciones, estos correrán con la misma suerte, pues su desconocimiento reposa en la transgresión de las disposiciones legales ya analizadas.

En las anotadas circunstancias ha de procederse a denegar las súplicas de la demanda.

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. DENIEGANSE las súplicas de la demanda promovida por la ciudadana Juli Rosario Céspedes Latorré.

Segundo. DEVUELVASE la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero. En firme esta sentencia, previa 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 veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel S. Urueta Ayola.*

## **SUSTRACCION DE MATERIA / FALLO INHIBITORIO - Improcedencia**

Si bien esta corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece *per se* el orden jurídico vulnerado, sino que apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, la que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente.

## **FINES DEL ESTADO - Ambito / ACTO GENERAL / DERECHO DE AUDIENCIA - Inexistencia**

En el artículo 2º de la C. N. se señalan de manera general los fines del Estado, las tareas que competen a las autoridades de la República y los deberes de las mismas, los cuales son objeto de desarrollo en otras normas constitucionales o legales, sin que en manera alguna se les imponga allí a las autoridades la obligación concreta de que en el proceso de formación de actos de contenido general, como los acusados, deban ser oídos los eventuales e indeterminados destinatarios de sus mandatos.

## **DERECHOS ADQUIRIDOS / DERECHO PUBLICO - Improcedencia / LEY ADMINISTRATIVA - Improcedencia / ALMACEN GENERAL DE DEPÓSITO - Habilitación**

Los derechos adquiridos amparados por la Constitución Política son únicamente los radicados con justo título en cabeza de determinada persona, con amparo en las leyes civiles y laborales y no en las administrativas. La Sala reitera en su oportunidad lo expresado en el auto admisorio de la demanda, como fundamento para denegar la solicitud de suspensión provisional del artículo 9º del Decreto 532 de 1995, bajo la acusación de ser violatorio del artículo 58 de la Carta Política, en el sentido de que "...los derechos adquiridos en relación con habilitaciones o autori-

## SECCION PRIMERA

zaciones de almacenes generales de depósito no pueden entenderse, en principio, como garantía de que la actividad autorizada no será nunca más sometida a nuevos requisitos, que es lo que hace la norma acusada”.

### LEY MARCO / LEY CUADRO / ARANCEL - Normatividad / REGIMEN DE ADUANAS - Normatividad

A través del mecanismo de las leyes que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “Leyes-Marco” o “Leyes-Cuadro”, que en materia de “aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” y de comercio exterior lo son las leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, tanto el constituyente de 1968 como el de 1991 procuraron dotar al régimen jurídico colombiano de un sistema ágil y expedito para enfrentar situaciones que requiriesen decisiones inmediatas, y que, dada su naturaleza no pueden dar tregua a que surtan todos los trámites de expedición de una ley ordinaria. El establecimiento de esta clase de leyes, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en sentencia número 73 de 18 de septiembre de 1986, encuentra su justificación en la condición esencialmente mutable de aquéllos fenómenos que exijan una regulación flexible o dúctil que se adecue a las cambiantes circunstancias del suceder aludido, de tal manera que sólo el Gobierno incumbe crear la normatividad jurídica que aquellos fenómenos reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador, quien al señalarlos, queda con actitud legislativa recortada en materias que la precitada disposición constitucional enuncia.

### REGIMEN DE ADUANAS - Reglamentación / GOBIERNO NACIONAL - Facultades / ALMACENAMIENTO DE MERCANCIAS / OBLIGACION ADUANERA

El Gobierno Nacional está facultado por la Constitución para modificar todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, sin que haya que exceptuarse lo que se relaciona con las normas que regulan la operación de almacenamiento de mercancías, la cual no cabe duda alguna que hace parte integrante de dicho régimen, no sólo por cuanto el claro texto del mandato constitucional no permite inferir que el Constituyente de 1991 hubiera tenido intención de poner cortapisas a esta concreta atribución del Presidente de la República, y en razón a que el artículo 3º del Decreto 1909 de 1992 señala como responsable de la obligación aduanera, entre otros, al depositario de la mercancía por actuaciones que se deriven de su intervención.

### DEPOSITO DE MERCANCIA - Medidas / CONTROL ADUANERO / REQUISITOS - Establecimiento

La simple adopción de medidas o el establecimiento de nuevos requisitos para ejercer la actividad de depósito de mercancías bajo control aduanero,

en momento alguno implica, por sí solo, una limitación a tal actividad económica, y en segundo lugar, por cuanto, como lo ha reiterado la sala en diversos pronunciamientos, la reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el artículo 84 de la Carta Política no es solamente la contenida en las disposiciones de orden legal, sino que también hacen parte de ella las reglamentaciones que se expidan a través de nuevas normas que las desarrollen, como es precisamente el caso del decreto cuya declaratoria de nulidad parcial se impetra, con mayor razón tratándose de un decreto dictado en desarrollo de leyes marco.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número 3366.

Actor: Luis Alberto Rubiano 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 Luis Alberto Rubiano Sánchez en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C. C. A., con el fin de obtener la declaratoria de nulidad de los numerales 1, en su integridad, y 5, parcialmente, del artículo 4º del Decreto 537 de marzo 30 de 1995, al igual que del artículo 9º del mismo decreto “por el cual se establecen normas para la habilitación de depósitos y se dictan otras disposiciones”, expedido por el señor Presidente de la República con la firma de los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Comercio Exterior.

## I. ANTECEDENTES

a) Los actos acusados

Ellos son del siguiente tenor:

“Artículo 4º. Requisitos para la habilitación de depósitos.

“En concordancia con lo dispuesto en el artículo tercero del presente decreto, la habilitación de depósitos sólo podrá otorgarse a las personas jurídicas que acrediten como mínimo los siguientes requisitos, sin perjuicio de los que para el efecto señale el Director de Impuestos y Aduanas Nacionales mediante resolución de carácter general:

“1. La persona jurídica peticionaria deberá acreditar que posee un patrimonio neto superior a setecientos millones de pesos (\$700.000.000.00), si se trata de un

## SECCION PRIMERA

depósito de carácter privado y de mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00), si se trata de un depósito de carácter público.

“A partir del 1° de enero de 1996, estas cifras se reajustarán anualmente en un porcentaje igual a la variación del índice de precios al consumidor reportados por el DANE para el año inmediatamente anterior”.

“... ”

“... ”

“5. El depósito habilitado no podrá ser transportador de carga, ni consolidador o desconsolidador de carga ni sociedad de intermediación aduanera. No obstante, los Almacenes Generales de Depósito podrán desarrollar la actividad de intermediación aduanera en los términos previstos en el artículo 11 del Decreto número 197 de 1995, por el cual se adicionó el artículo 3° del Decreto número 2532 de 1994”.

“Artículo 9°. Homologación.

“Los depósitos habilitados o autorizados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales con anterioridad a la entrada en vigencia del presente decreto, deberán homologarse a los requisitos aquí previstos, formulando antes del 30 de julio de 1995 solicitud expresa en tal sentido, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 4° de este decreto y en las normas que lo desarrollen y reglamenten.

“Los depósitos habilitados o autorizados que no puedan llenar los requisitos establecidos en este decreto hasta la fecha límite señalada, podrán presentar la solicitud de homologación en los términos señalados en el inciso anterior, acompañada de una garantía bancaria o de compañía de seguros que garantice el cumplimiento de los mismos a más tardar el 31 de diciembre de 1995.

“El monto de dicha garantía será el mismo de la que tienen constituida para realizar su operación. Los términos y condiciones de ella serán los que establezcan la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. La Subdirección Operativa expedirá una resolución de homologación provisional hasta dicha fecha.

“Una vez cumplidos todos los requisitos se expedirá la resolución de homologación por el término previsto en el inciso 2° del artículo 1° del presente decreto.

“Parágrafo 1. Vencidos los términos establecidos en este artículo, sin que se hubiese formulado la solicitud de homologación o sin que se hubiese acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos en este decreto, se entenderá que la persona jurídica titular de la habilitación del depósito ha desistido de la misma, sin que se requiera acto administrativo que así lo declare.

“Parágrafo 2. Para efectos de lo previsto en el Decreto número 1909 de 1992 y demás normas que regulan los aspectos relacionados con la importación y alma-

cenamiento de mercancías, entiéndese por depósitos autorizados, los depósitos conectados al sistema informático aduanero de que trata el presente decreto”.

**b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación**

El actor considera que los actos acusados incurren en infracción de las siguientes normas por las razones que, expresadas en la demanda, se sintetizan a continuación bajo la forma de cargos (fls. 16 a 19):

Primer cargo.

Violación del artículo 2° de la Carta Política, pues mientras en él se consagran como fines esenciales del Estado, “servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación...”, y se señala que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, para el establecimiento de las normas acusadas, relativas a la habilitación de los depósitos para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, no fueron invitados, atendidos ni escuchados los representantes legales de los depósitos actualmente habilitados y autorizados para la prestación de este servicio, que con grandes inversiones lograron, con anterioridad a la expedición de dichos actos, realizar convenios con la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante DIAN) para establecerse como personas jurídicas con dicha finalidad exclusiva.

Segundo cargo.

El artículo 9° del Decreto 537 de 1995 es violatorio del artículo 58 de la Carta Política, pues al no homologarse a los depósitos que ya venían funcionando mediante convenios con la DIAN por no poder cumplir con los requisitos establecidos en el numeral 1 del artículo 4° del referido decreto, se les deja por fuera de la actividad que cumplían, conculcándoles sus derechos adquiridos.

Tercer cargo.

Los actos acusados incurren en violación del artículo 333 de la Carta Política, pues desconocen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, “...y su ejercicio, como todos los derechos, será regulado por la ley, porque así lo consagra la norma, cuando prevé que para garantizar esa libertad *nadie podrá exigir permisos, ni requisitos sin autorización de la ley*”. Es decir, que a pesar de que las Leyes 6ª de 1971 en su artículo 3° y 7ª de 1991 en su artículo 2° facultan al Ejecutivo para modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas y para regular el comercio exterior, tales facultades no le fueron conferidas para adoptar arbitraria, unilateral y caprichosamente los exorbitantes límites de capital neto que deberán poseer los depósitos autorizados o habilitados para el almacenamiento de mercancías, que ya venían funcionando mediante los convenios vigentes celebrados con la DIAN. Por consiguiente, las exigencias establecidas en el artículo 9° del Decreto 537 de 1995, implican condicionamientos y restricciones de esa actividad econó-

## SECCION PRIMERA

mica, que deben tener fundamento expreso en la ley y no en un decreto, máxime cuando el artículo 84 del estatuto constitucional prohíbe que las autoridades públicas establezcan y exijan permisos, licencias o requisitos adicionales para el ejercicio de una actividad regulada, como lo es en este caso.

Cuarto cargo. Violación del artículo 336 de la Carta Política, pues mientras esta norma restringe los monopolios económicos, el numeral 5 del artículo 4° del Decreto 537 de 1995, los legaliza en favor de los Almacenes Generales de Depósito, entidades estas que además de reunir las astronómicas cifras en capital exigidas para sus operaciones, pueden competir deslealmente con los depósitos que ya habían sido autorizados y habilitados por la DIAN, ofreciendo y prestando los servicios de intermediación aduanera, tal como se les faculta al consagrarse la prohibición para los depósitos ya mencionados y se prevé que, “no obstante, los Almacenes Generales de Depósito podrán desarrollar la actividad de intermediación aduanera”.

Quinto cargo. Los actos acusados violan el artículo 1494 del Código Civil, toda vez que los convenios celebrados entre la DIAN y los depósitos autorizados y habilitados son fuente de obligaciones recíprocas, “...los cuales no pueden ser vulnerados, alterados o modificados por normas o decretos posteriores, pues ese contrato o acuerdo de voluntades es *ley para las partes* y debe cumplirse para su seguridad, sin sujeción a la homologación...” prevista en el artículo 9° del Decreto 537 de 1995, máxime que los mencionados depósitos cumplieron con los requisitos consagrados en el artículo 10 de la Resolución 190 de 22 de diciembre de 1992, expedida por el Director de Aduanas Nacionales.

### c) Las razones de la defensa

La parte demandada se opone a las pretensiones del actor, con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación, expresadas en el escrito de contestación de la demanda (fls. 107 a 114):

En primer término se señala que de acuerdo con las disposiciones invocadas como sustento para la expedición del Decreto 537 de 1995, el Gobierno Nacional está facultado para modificar los aranceles, las tarifas y demás normas relativas al régimen de aduanas, régimen éste del cual hace parte el depósito o almacenamiento de mercancías, definido en el artículo 1° de la Decisión 257 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en los siguientes términos: “Depósito de Aduanas. Régimen aduanero con arreglo al cual las mercancías importadas son almacenadas bajo el control de la Aduana en un lugar destinado al efecto, con el régimen suspensivo del pago de gravámenes de importación”.

En relación con el primer cargo. Los actos acusados no violan el artículo 2° de la Carta Política, pues en modo alguno sus mandatos obligan a que en la expedición de normas jurídicas deba consultarse el criterio de los particulares que tengan un interés sobre determinado asunto. La participación ciudadana a que alude dicha norma se refiere a los mecanismos de que tratan los artículos 113 y ss. de la Constitución. Así mismo, debe tenerse en cuenta que las normas relativas al régimen de aduanas tienen una regulación especial en la Constitución y en las leyes marco expedidas al efecto por el Congreso, razón por la cual no cabría ningún mecanismo de participación ciudadana.

En relación con el segundo cargo. Tampoco se viola el artículo 58 de la Carta Política, pues el Decreto 537 de 1995 reguló de manera general la habilitación de depósitos sin modificar las situaciones consolidadas bajo las normas anteriores y, por el contrario, permitió a los depósitos que se encontraban funcionando adaptarse a los requisitos legales contemplados en su artículo 9°.

En relación con el tercer cargo. No se quebranta el artículo 333 de la Carta Política, pues sus disposiciones no establecen que la reglamentación de la actividad económica y la iniciativa privada deba hacerse por ley; tan sólo prevé que para su ejercicio no deberán exigirse requisitos sin la autorización de la ley. Además, el Ejecutivo precisamente facultado por el artículo 189-25 de la Constitución, reglamentó la habilitación de depósitos, habida cuenta de la potestad que tiene para expedir normas relativas al régimen de aduanas. De otra parte, “si se observa el texto del artículo 84, no se está limitando la regulación general de las actividades de la ley”.

En relación con el cuarto cargo. Lo dispuesto en el artículo 4° numeral 5 del Decreto 537 de 1995 en manera alguna implica la legalización de un monopolio en cabeza de los Almacenes Generales de Depósito, pues si se tiene en cuenta que por monopolio debe entenderse una situación de mercado en la cual la oferta de un bien o un servicio se halla concentrada en una sola persona o entidad, el citado decreto no atribuye a una sola persona en particular la posibilidad de habilitar depósitos, sino a todas aquellas que cumplan con los requisitos exigidos en sus disposiciones. Así, pues el artículo 4° acusado, consagra en forma general algunos requisitos que deben cumplir las personas jurídicas.

En relación con el quinto cargo. “...es importante aclarar que en la habilitación de depósitos la habilitación (sic) se trata entre el Estado y el particular y no entre particulares. Al respecto, la Resolución 190 de 1992 que informa la demanda establece que para la habilitación de depósitos deberá expedirse una resolución por parte del funcionario competente (artículos 3° y 6° *ibidem*). En consecuencia, en virtud de un acto administrativo los particulares tienen la posibilidad de prestar el servicio de depósitos habilitados y no de un contrato (sic). Por tal razón, no se aplican las normas de derecho civil sino del derecho público.

Sin perjuicio de haber dado respuesta a los cargos de la demanda, se solicita proferir fallo inhibitorio, por sustracción de materia, debido a que el decreto contenido de los actos acusados fue derogado en su totalidad por el artículo decimoctavo del Decreto 1285 de 25 de julio 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 de 30 de junio de 1995 se admitió la demanda, se ordenó el trámite de rigor y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de los actos acusados (fls. 26 a 34).

## SECCION PRIMERA

Mediante providencia visible a folios 128 a 129, se decretaron y/o denegaron las pruebas solicitadas por las partes.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para emitir su concepto, únicamente el mencionado funcionario presentó el escrito que obra a folios 141 a 145.

### III. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene el señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación considera que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda, pues habida cuenta que el decreto parcialmente acusado se expidió con fundamento en el numeral 25 del artículo 189 de la Carta Política, con sujeción a los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, las autorizaciones que en tales normas se confieren, le permiten al Gobierno Nacional determinar para la habilitación de depósitos un patrimonio neto superior a \$700.000.000.00 para los de carácter privado y de \$1.000.000.000.00 para los de carácter público, y exigir que sólo ejerzan como objeto social la actividad exclusiva de depósito.

Advierte "... que los depósitos con anterioridad a la vigencia del Decreto, si no llenan tales requisitos se les permite presentar la solicitud de homologación siempre y cuando presten una garantía", por la cual "... puede decirse que el Gobierno busca con este decreto cumplir objetivos de efectividad y seguridad en prestación del servicio".

Finalmente se remite a lo expresado por esta Sección en el auto admisorio de la demanda, en el sentido de que "los derechos adquiridos en relación con habilitaciones o autorizaciones no pueden entenderse, en principio, como garantía de que la actividad autorizada no será nunca más sometida a nuevos requisitos, que es lo que hace la norma acusada", y que "los requisitos exigibles no son solamente los previstos en la ley sino también en los decretos reglamentarios respectivos como en el caso del que contiene la disposición acusada".

### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con respecto a la solicitud de la parte demandada, en el sentido de que se profiera fallo inhibitorio por sustracción de materia, debido a que el Decreto 537 de 1995, parcialmente acusado, fue derogado por el artículo decimooctavo del Decreto 1285 de 25 de julio del mismo año, la Sala hace notar que si bien esta Corporación tradicionalmente aplicó la teoría de la sustracción de materia como fundamento del correspondiente fallo inhibitorio que de ella se derivaba, esa posición jurisprudencial fue modificada en forma radical por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que se impone fallo de mérito a pesar de que los actos demandados hayan sido derogados al momento de dictar sentencia, pues la derogatoria no restablece *per se* el orden jurídico vulnerado, sino que apenas acaba con la vigencia, ya que un acto administrativo aún derogado, continúa amparado por la presunción de legalidad que lo protege, la que sólo se pierde ante el pronunciamiento de nulidad del juez competente

(véase Sentencia de 14 de enero de 1991, Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, actor: Robert Bruce Raisbeck, expediente número S-157).

En consecuencia, se procede al estudio y definición de las acusaciones formuladas en la demanda.

En relación con el primer cargo, en el cual se plantea la violación del artículo 2° de la Constitución Política, con el argumento de que los actos acusados se expidieron sin dar oportunidad de expresar sus opiniones a los representantes legales de los depósitos habilitados o autorizados con anterioridad para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues en la indicada norma simplemente se señalan de manera general los fines del Estado, las tareas que competen a las autoridades de la República y a los deberes de las mismas, los cuales son objeto de desarrollo en otras normas constitucionales o legales, sin que en manera alguna se les imponga allí a las autoridades la obligación concreta de que en el proceso de formación de actos de contenido general, como los acusados, deban ser oídos los eventuales e indeterminados destinatarios de sus mandatos.

**Por lo tanto, el cargo no prospera.**

En relación con el segundo cargo, en el cual se plantea que el artículo 9° del Decreto 537 de 1995 incurre en violación del artículo 58 de la Carta Política, con el argumento de que al no homologar a los depósitos que con anterioridad a su vigencia habían sido habilitados o autorizados por la DIAN para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, y someterlos a los nuevos requisitos previstos en el decreto para lograr dicho fin, se les desconoce sus derechos adquiridos, la Sala considera que tampoco tiene vocación de prosperidad, pues en múltiples oportunidades esta Corporación ha reiterado que los derechos adquiridos amparados por la Constitución Política son únicamente los radicados con justo título en cabeza de determinada persona, con amparo en las leyes civiles y laborales y no en las administrativas. Sobre el particular ha expresado esta Corporación:

“En materia de Derecho Público no hay derechos adquiridos. Esta noción admitida por el derecho universal, se refiere sustancialmente a los derechos patrimoniales, es decir, a los que con título legítimo hacen parte del haber de las personas privadas. Pero es contraria a la dinámica del Estado, a la necesidad permanente de modificación de los instrumentos de gobierno, al mismo buen gobierno. Sería la estáticidad, el estancamiento, el anquilosamiento de las instituciones, la creación de cuerpos extraños que harían permanentemente imposible la función rectora de la Constitución y el poder del Congreso” (Auto de 15 de diciembre de 1965. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente doctor Guillermo González Charry) Anales 1965. Tomo 69, números 407-408, páginas 435).

Además de lo anterior, la Sala reitera en esta oportunidad lo expresado en el auto admisorio de la demanda, como fundamento para denegar la solicitud de suspensión

## SECCION PRIMERA

provisional del artículo 9º del Decreto 532 de 1995, bajo la acusación de ser violatorio del artículo 58 de la Carta Política, en el sentido de que "...los derechos adquiridos en relación con habilitaciones o autorizaciones de Almacenes Generales de Depósito no pueden entenderse, en principio, como garantía de que la actividad autorizada no será nunca más sometida a nuevos requisitos, que es lo que hace la norma acusada".

En relación con el tercer cargo, en el cual se alega que los actos acusados violan los artículos 84 y 333 de la Carta Política, en razón a que los elevados límites de patrimonio y demás requisitos que se exigen a los depósitos que ya habían sido autorizados por la DIAN para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, implican condicionamientos y restricciones a la libertad de la actividad económica y la iniciativa privada y que los miembros sólo podían ser establecidos mediante ley no por el Gobierno Nacional, la Sala, como marco de referencia para las pertinentes consideraciones, puntualiza lo siguiente:

1º El Decreto 537 de 1995, contentivo de los actos acusados, se expidió por el Presidente de la República "en ejercicio de sus facultades legales y especialmente de las conferidas por el numeral 25 del artículo 189 de la Constitución Política, con sujeción a los artículos 3º de la Ley 6ª de 1971 y 2º de la Ley 7ª de 1991.

2º Los artículos 150 numeral 19, literal c), y 189 numeral 25 de la Carta Política disponen lo siguiente:

"Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

" ...

" ...

"19. Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

" ...

" ...

"c. Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas".

"Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

" ...

" ...

"25. Organizar el crédito público, reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régi-

men de aduanas, regular el comercio exterior; y ejercer la intervención en las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de recursos provenientes del ahorro de terceros de acuerdo con la ley”.

3°. Por su parte, los artículos 3° de la Ley 6ª de 1971 y 2° de la Ley 7ª de 1991, disponen, en su orden, lo siguiente:

“Artículo 3°. Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación de Bruselas, el esquema del Código Aduanero uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legalización vigente, y en especial la Ley 79 de 1931”.

“Artículo 2°. Al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, el Gobierno Nacional deberá hacerlo con sometimiento a los siguientes principios:

“1. Impulsar la internacionalización de la economía colombiana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo.

“2. Promover y fomentar el comercio exterior de bienes, tecnología, servicios y en particular, las exportaciones.

“3. Estimular los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen y faciliten las transacciones externas del país.

“4. Impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local, para mejorar su competitividad internacional y satisfacer adecuadamente las necesidades del consumidor.

“5. Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional.

“6. Apoyar y facilitar la iniciativa privada y la gestión de los distintos agentes económicos en las operaciones de comercio exterior.

“7. Coordinar las políticas y regulaciones en materia de comercio exterior con las políticas arancelarias, monetaria, cambiaria y fiscal.

“8. Adoptar, sólo transitoriamente, mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país.

“Los anteriores principios se aplicarán con arreglo a los criterios de la economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan las actuaciones administrativas”.

## SECCION PRIMERA

4°. Los artículos 2° y 3° del Decreto 1909 de 27 de noviembre de 1992, “por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera”, señalan lo siguiente:

“Artículo 2°. Obligación aduanera en la importación.

“La obligación aduanera nace por la introducción de mercancía de procedencia extranjera al territorio nacional.

“La obligación aduanera comprende la presentación de la declaración de importación, el pago de los tributos aduaneros y de las sanciones a que haya lugar, así como la obligación de conservar los documentos que soportan la operación, atender las solicitudes de información y pruebas, y en general, cumplir con las exigencias, requisitos y condiciones establecidos en las normas correspondientes.

“Artículo 3°. Responsables de la obligación aduanera.

“De conformidad con las normas correspondientes, serán responsables de las obligaciones aduaneras, el importador, el propietario, o el tenedor de la mercancía; así mismo, serán responsables de las obligaciones que se deriven por su intervención, el transportador, depositario, intermediario y el declarante.

“Para efectos aduaneros, la Nación estará representada por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Aduanas Nacionales”.

5°. Dispone el artículo 333 de la Carta Política:

“Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

“La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

“La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

“El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

“La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Trazados como se encuentran los lineamientos tanto de orden constitucional como legal en que el Gobierno Nacional fundamentó su competencia para expedir los actos acusados, y reseñadas algunas disposiciones de los mismos órdenes que, entre otras, se estiman como básicas para la definición de las acusaciones planteadas por el actor, procede la Sala a puntualizar lo siguiente respecto del asunto *sub examine*:

A través del mecanismo de las leyes que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “Leyes-marco” o “Leyes-cuadro”, que en materia de “aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” y de Comercio Exterior lo son las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, tanto el constituyente de 1968 como el de 1991 procuraron dotar al régimen jurídico colombiano de un sistema ágil y expedito para enfrentar situaciones que requiriesen decisiones inmediatas, y que, dada su naturaleza, no pueden dar tregua a que surtan todos los trámites de expedición de una ley ordinaria. El establecimiento de esta clase de leyes, como lo señala la Corte Suprema de Justicia en Sentencia número 73 de 18 de septiembre de 1986, “encuentra su justificación en la condición esencialmente mutable de aquellos fenómenos que exigen una regulación flexible o dúctil que se adecue a las cambiantes circunstancias del suceder aludido, de tal manera que sólo al Gobierno incumbe crear la normatividad jurídica que aquellos fenómenos reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o ‘marcos’ dados por el legislador, quien al señalarlos, queda con aptitud legislativa recortada en las materias que la precitada disposición constitucional enuncia”.

En relación con este tipo de leyes, consagrado en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, la Corte Constitucional, en sentencia C-465 de julio 16 de 1992, proferida por su Sala Plena con ponencia del Magistrado doctor Ciro Angarita Barón, precisó los siguientes rasgos distintivos.

“1°. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del Ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.

“2°. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el Ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos, de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.

“3°. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.

“4°. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al Ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.

“5°. Revisadas las materias que la Reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes, o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas, y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

## SECCION PRIMERA

“6°. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o ‘marcos’ dados por el legislador en la respectiva ley”.

En este orden de ideas se tiene que el Decreto 537 de 1995, contenido de los actos acusados, se fundamenta, en forma muy especial, en el artículo 189 numeral 25 de la Constitución Política, que le atribuye al Presidente de la República la facultad, entre otras, de “...modificar los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas...”. Lo anterior pone en evidencia que el Gobierno Nacional está facultado por la Constitución para modificar todas las disposiciones concernientes al régimen de aduanas, sin que haya de exceptuarse lo que se relaciona con las normas que regulan la operación de almacenamiento de mercancías, la cual no cabe duda alguna que hace parte integrante de dicho régimen, no sólo por cuanto el claro texto del mandato constitucional no permite inferir que el Constituyente de 1991 hubiera tenido intención de poner cortapisas a esta concreta atribución del Presidente de la República, y en razón a que el artículo 3° del Decreto 1909 de 1992 señala como responsable de la obligación aduanera, entre otros, al depositario de la mercancía por las actuaciones que se deriven de su intervención, sino esencialmente, debido a que “...el régimen de aduanas o la materia aduanera es un término genérico que incluye las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías”, como lo concluyó esta Sección en sentencia de 12 de mayo de 1994 con ponencia del Consejero de Estado doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, recaída dentro del expediente número 2646, actor: María Esperanza Cabrera Calixto.

En efecto, en dicha oportunidad la Sala expresó lo siguiente:

“Estima la Sala que no asiste razón a la demandante ya que el régimen de aduanas o la materia aduanera es un término genérico que incluye a las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, como bien lo hace notar el apoderado de la demandada. En efecto, el artículo 1° del Decreto 2666 de 1984, que para estos efectos se encuentra vigente ya que la derogatoria que del mismo hizo el artículo 111 del Decreto 1909 de 1992, como expresamente allí se lee; lo fue ‘exclusivamente en lo que se refiere al régimen de importación’, preceptúa: ‘Regímenes aduaneros son las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías’ (subrayas de la Sala).

Ahora bien, en lo referente a la acusación de que las sumas de patrimonio neto que el artículo 4° numeral 1 del Decreto 537 de 1995 exige acreditar a las personas jurídicas para otorgarles la habilitación de depósitos, y que los requisitos señalados en el artículo 9° *ibidem* para que puedan homologarse los depósitos que ya habían sido habilitados por la DIAN implican condicionamientos y restricciones a esa actividad económica, por lo cual sólo podían ser establecidos por la ley, como lo dispone el artículo 333 de la Carta Política en concordancia con el artículo 84 *ibidem*, la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues, en primer término, la simple

adopción de medidas o el establecimiento de nuevos requisitos para ejercer la actividad de depósito de mercancías bajo control aduanero, en momento alguno implica, por sí solo, una limitación a tal actividad económica, y, en segundo lugar, por cuanto, como lo ha reiterado la Sala en diversos pronunciamientos, la reglamentación general de los derechos y las actividades a que se refiere el artículo 84 de la Carta Política no es solamente la contenida en las disposiciones de orden legal, sino que también hacen parte de ella las reglamentaciones que se expidan a través de otras normas que las desarrollen, como es precisamente el caso del decreto cuya declaratoria de nulidad parcial se impetra, con mayor razón tratándose de un decreto dictado en desarrollo de leyes marco.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el cuarto cargo, en el cual se plantea que el numeral 5 del artículo 4º del Decreto 537 de 1995 incurre en violación del artículo 336 de la Carta Política, con el argumento de que al prohibir la prestación de los servicios de intermediación aduanera a los depósitos que con anterioridad a su vigencia habían sido habilitados por la DIAN para dicho fin y autorizar a los Almacenes Generales de Depósito para desarrollar tal actividad, se establece un monopolio en favor de estos últimos, la Sala considera que no puede prosperar, pues además de que el actor simplemente afirma que con anterioridad a la expedición del acto acusado existían depósitos autorizados para prestar servicios de intermediación aduanera, sin allegar prueba alguna que así lo demuestre, debe tenerse en cuenta que la autorización conferida a los Almacenes Generales de Depósito para prestar tales servicios no emana de dicho acto, como se evidencia de la lectura de su texto, sino de lo dispuesto en el artículo 11 del Decreto 197 de 1995, por el cual se adicionó el artículo 3º del Decreto 2532 de 1994, con el literal que se transcribe a continuación, el cual, al no ser objeto de la acción de nulidad impetrada, releva a la Sala de su estudio en virtud del carácter rogado en esta jurisdicción. En efecto, el mencionado artículo dispone lo siguiente:

“Artículo 11. Adiciónase el artículo 3º del Decreto 2532 de 1994, con el siguiente literal:

“d) Conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 33 del Decreto 663 de 1993, los almacenes generales de depósito sometidos al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria, podrán desempeñar las funciones de las sociedades de intermediación aduanera, sin que para ello deban constituir una nueva sociedad dedicada a ese único fin, pero solamente respecto de las mercancías que vengan directamente consignadas a ella y siempre y cuando hubieren acreditado previamente el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para las sociedades de intermediación aduanera”.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

En relación con el quinto cargo. Plantea el demandante que los actos acusados violan el artículo 1494 del Código Civil en razón a que desconocen los convenios

## SECCION PRIMERA

celebrados entre la DIAN y los depósitos que con anterioridad a su vigencia fueron habilitados para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero.

Sobre el particular, para la Sala es indubitable que el cargo planteado tampoco tiene vocación de prosperidad, pues se hace notar el demandante que la habilitación de depósitos para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero no se produce como consecuencia de un acuerdo de voluntades entre el Estado y los particulares, sino en virtud de un acto administrativo como expresión de la voluntad unilateral de la administración, que se rige por normas de derecho público y no de naturaleza privada.

Como consecuencia de lo anterior, al no prosperar ninguno de 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, a través de su Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

Primero. DENIEGANSE las súplicas de la demanda instaurada por el ciudadano Luis Alberto Rubiano Sánchez.

Segundo. DEVUELVASE la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

Tercero. 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 veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial de la tesis de la Sala Plena sobre sustracción de materia contenida en la sentencia del 14 de enero de 1991.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial en tesis sobre derechos adquiridos según la cual dicha teoría es aplicable sustancialmente respecto de derechos patrimoniales de personas privadas pero no en relación con materia del derecho público contenidas en auto de 15 de diciembre de 1965, Sección Tercera, Consejero Ponente doctor Guillermo González Charry.

**NOTA DE RELATORIA.** Transcribe la sentencia C-465 del 16 de julio de 1992 de la Corte Constitucional con ponencia del doctor Ciro Angarita Barón, sobre las leyes marco o marcos expedidas con base en las facultades del artículo 150-19 de la C. N.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial sobre el ámbito de la expresión “régimen de aduanas” definido en la sentencia de 12 de mayo de 1994, Consejero Ponente doctor Rafael Ariza Muñoz.

**REGLAMENTO DE CREDITO - Violación / COOPERATIVA DANCOOP -  
Funciones / SANCION ADMINISTRATIVA - Inhabilidad / DOSIFICACION  
DE LA PENA / FACULTAD DISCRECIONAL / VIGILANCIA Y CONTROL**

La Sala al examinar las normas del Reglamento de Crédito de Credifenalco frente al pliego de cargos corrido al actor encuentra que sin lugar a dudas en el otorgamiento de los diferentes créditos a que se refieren los actos demandados el demandante inobservó las citadas normas, y que las explicaciones por él dadas en sus descargos sólo lograron desvirtuar dos de las faltas a él imputadas, cuestión que el Director del Departamento Nacional de Cooperativas dejó consignada en la resolución que resolvió el recurso de reposición. La facultad de graduación de las sanciones corresponde entonces al Director del Dancoop, quien está investido de un poder discrecional para tal efecto. Al no haber logrado el demandante demostrar que las faltas a él imputadas no las cometió y estando por el contrario demostrado que él mismo infringió el artículo 45 numeral 13 de la Ley 24 de 1981, adicionado por el artículo 153 de la Ley 79 de 1988, el cual prescribe que el Dancoop sancionará, entre otros, a los titulares de los órganos de administración por las faltas que le sean personalmente imputables, entre ellas, las derivadas del incumplimiento de los deberes y funciones previstos en la ley o los estatutos, no quede duda para esta corporación que los actos demandados se ajustaron a las normas legales fundamento de su expedición y que por lo tanto permanece incólume el principio de legalidad que actos ampara, máxime cuando uno de los objetivos de la entidad demandada es ejercer vigilancia y control sobre las sociedades cooperativas (art. 1º Ley 24 de 1981).

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis 1996.

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente número 3385.

Actor: Fernando Infante Salazar.

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 Cundinamarca, de fecha 6 de abril de 1995.

## I. ANTECEDENTES

### a) El actor, el tipo de acción incoada y las pretensiones de la demanda

El señor Fernando Infante Salazar, a través de apoderada y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C.C.A., demandó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones números 1045 y 1841 de 10 de mayo y 14 de julio de 1993, respectivamente, expedidas por el Director del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas-Dancoop, y solicitó que como consecuencia de la declaratoria y a título de restablecimiento del derecho se ordene disponer la cancelación, en los registros de la mencionada institución, de la sanción de inhabilidad impuesta al demandante, y se condene a aquellas al pago de los perjuicios a él causados en razón de los actos demandados en la cuantía que se determine en el proceso.

### b) Los actos acusados

Son los siguientes:

1. La Resolución número 1045 de 10 de mayo de 1993, expedida por el Director del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas-Dancoop, mediante la cual se sanciona al demandante con inhabilidad para el ejercicio de cargos de administración y control en entidades del sector cooperativo, por el término de tres años.

2. La Resolución número 1841 de 14 de julio de 1993, expedida por el funcionario del Dancoop anteriormente citado, mediante la cual se resolvió el recurso de reposición interpuesto en contra de la resolución arriba mencionada, confirmándola;

### c) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El actor considera que con la expedición del acto acusado se violaron las siguientes normas, por las razones que, en forma resumida, se expresan a continuación (fls. 5 a 16).

1. De orden constitucional: artículos 15, 16, 25 y 29.
2. De orden legal: artículos 30 y 33 de la Ley 24 de 1981.

Dentro del acápite "*Concepto de la violación*", el demandante aduce como cargos de violación los siguientes:

Primer cargo. Se violó el artículo 29 de la Constitución Política porque en la investigación adelantada por Dancoop en contra del demandante, no se aplicó el procedimiento establecido en la Ley 24 de 1981.

## SECCION PRIMERA

En efecto, el artículo 30 numeral 2 establece como función de la División de Vigilancia y Control, ordenar la práctica de investigaciones, y los numerales 1, 2 y 3 del artículo 33, señalan como funciones de la Sección de Visitaduría e Investigaciones, la de practicar visitas e investigaciones administrativas; elaborar un informe completo y detallado de cada visita e investigación; y estudiar, evaluar y conceputar sobre los informes o actas de visitas o investigaciones realizadas por el Departamento, proponiendo, con base en éstas, la adopción de medidas necesarias.

A su turno, el artículo 47 numeral 5 de la Ley 79 de 1988, adicionó la Ley 24 de 1981 en el sentido de señalar que para la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo 46, con excepción de la del numeral 1, será necesario investigación previa y que en todo caso las entidades o personas inculpadas tendrán la oportunidad de presentar sus descargos. En su numeral 5 dispuso como función de la División de Vigilancia y Control, proponer la aplicación de las medidas establecidas en el artículo 2º de dicha ley, esto es, entre otras, la de imponer las sanciones previstas en las leyes cooperativas, en los decretos y demás disposiciones sobre la materia, y en el numeral 6, señaló que las providencias del Director del Dancoop serán susceptibles del recurso de reposición ante el mismo funcionario, surtido el cual se entenderá agotada la vía gubernativa.

En el caso de autos existió un informe del agente especial designado por el Dancoop, el cual ha debido ser fundamento para que la División de Vigilancia y Control ordenara la práctica de la investigación administrativa, debiendo haber practicado los funcionarios competentes una visita a la Cooperativa con el fin de verificar la documentación correspondiente a cada crédito (no únicamente las actas del Consejo) y evaluar los aspectos de funcionamiento de Credifenalco, su organización administrativa, las funciones asignadas a los empleados, el volumen de la cartera, etc., para así establecer la responsabilidad de los miembros del Consejo.

Con el procedimiento seguido se impidió el conocimiento de los hechos a los funcionarios y dependencias señalados en la Ley 24 de 1981; se suprimió una actuación fundamental como lo es la visita; se concentró la actuación en la Oficina Jurídica, dependencia que no tiene la atribución legal, anulándose la posibilidad de confrontar los distintos puntos de vista de los funcionarios previstos en la Ley 24 de 1981 (visitadores, Jefe de la Sección de Visitaduría, funcionarios de la División de Vigilancia y Control y el Jefe de ésta).

En síntesis, no todos los funcionarios competentes conocieron de la investigación; no se observaron todas las etapas; se cercenó lo que sería asimilable al principio de la doble instancia (unos funcionarios deben adelantar la investigación y proponer medidas, y otros deben conocer de los recursos): se aplicó una sanción que no guarda proporción con las supuestas faltas; no se consideraron las circunstancias que rodearon la realización de las conductas u omisiones calificadas como faltas; no se tuvieron en cuenta los atenuantes del caso, y se desconoció la finalidad de la sanción impuesta.

El Dancoop tiene la facultad de imponer las sanciones fijadas en el artículo 154 de la Ley 79 de 1988, esto es, llamada de atención, multas, prohibición para el ejercicio

de actividades específicas, declaración de inhabilidad para el ejercicio de cargos en el sector cooperativo y orden de disolución y liquidación de cooperativas, sanciones aplicables a los hechos contemplados en los artículos 44 y 45 de la Ley 24 de 1981, adicionada por los artículos 152 y 153 de la Ley 79 de 1988.

El Dancoop tiene un poder discrecional muy alto ya que puede aplicar cualquiera de las sanciones enunciadas, lo que lleva a que pueda caer en la arbitrariedad, pues la ley dejó a su escogencia la sanción, con clara oposición al principio de legalidad que debe imperar según nuestro marco constitucional.

Las conductas que se imputaron al actor como faltas son supuestas violaciones al régimen de crédito, es decir a normas de menor jerarquía que la ley o los estatutos de la Cooperativa, y que no están contempladas en los artículos 152 y 153 de la Ley 79 de 1988. Tanto en los descargos como en el escrito de reposición se demostró que la mayoría de las supuestas faltas no son faltas y que no se configura la violación de normas del reglamento preestablecidas, y que en los casos en que pudo haber violación de una norma del reglamento por ser ésta opuesta a la Ley Cooperativa, debía darse la excepción de inaplicabilidad por ilegalidad.

En el caso de aceptar que el actor incurrió en faltas, éstas son de carácter leve y por lo tanto ameritan sanción leve y no la impuesta a aquél, pues de ellas no puede deducirse el ánimo de perjuicio a la Cooperativa, ni el aprovechamiento de los bienes de la entidad en beneficio del sancionado.

La sanción aplicada rompe el principio de la congruencia entre falta y sanción y además el principio de la lealtad (sic) por parte de los funcionarios que conocieron la investigación. Al valorar los descargos no se tuvo en cuenta que un cargo puede desvirtuarse al demostrar que las supuestas faltas no lo eran conforme al reglamento de crédito y también al probarse las razones justificativas.

Segundo cargo. Violación del artículo 15 de la Constitución Política el cual consagra el derecho al buen nombre y la obligación del Estado de respetarlo y hacerlo respetar.

La sanción impuesta al actor es resultado de un indebido proceso y por su carácter de desproporcionada, arbitraria e injusta desconoce el citado precepto, pues la inhabilidad para ejercer cargos en entidades del sector cooperativo determina la grave afección del derecho al buen nombre, ya que de su aplicación se infiere la carencia de condiciones éticas de la persona sancionada.

Tercer cargo. Como quiera que el artículo 16 de la Carta Política consagra el derecho al libre desarrollo de la personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico, se tiene que bajo el mismo presupuesto del indebido proceso fue desconocida dicha norma, pues al inhabilitar al demandante por tres años para el ejercicio de cargos administrativos y de control en las entidades del sector cooperativo, se le impide el desarrollo de su capacidad y vocación de liderazgo sin causa justificada.

## SECCION PRIMERA

Cuarto cargo. Violación del artículo 25 *ibidem* que consagra el derecho al trabajo y la obligación de protección al mismo por parte del Estado, ya que el acto administrativo demandado es arbitrario, injusto y desproporcionado y limita la posibilidad de trabajo del demandante como directivo de entidades del sector cooperativo.

Quinto cargo. Desconocimiento del artículo 15 numeral 15 de la Ley 13 de 1984 que dispone el deber de los funcionarios de actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, por cuanto en los actos acusados hay una clara falta de imparcialidad en perjuicio del actor, ya que resoluciones de sanción de otros casos muestran que aquél fue víctima de una excepcional drasticidad por parte del Director del Dancoop.

Sexto cargo. Falsa motivación, dado que en la Resolución número 1841 de 1993 se dice que "...en el *sub lite* se está frente a conductas que de una u otra manera atentan contra las características de seguridad y confianza que entraña la actividad financiera dentro de la órbita del orden público económico para los asociados, terceros y público en general...", con lo cual se están magnificando las faltas.

Además, en la misma resolución se afirma que se observó el debido proceso y que se garantizó al inculpado el derecho de defensa; que los descargos fueron estudiados objetivamente; que las pruebas fueron analizadas de conformidad con los principios generales; y que se atendió, para efectos de imponer la sanción, la naturaleza y el efecto de las faltas, lo cual constituye falsa motivación pues no es cierto que se haya aplicado el debido proceso.

Debe insistirse en que la misma Jefe de la Oficina Jurídica que tuvo a cargo la instrucción de la investigación tuvo conocimiento del recurso de reposición interpuesto lo que constituye violación del debido proceso, pues es lógico que fácilmente incurra en error, al motivar un acto que va a confirmar las propias actuaciones y valoraciones.

Los actos que aplican la sanción de inhabilidad para el ejercicio de cargos en entidades cooperativas deben ser motivados teniendo en cuenta la doble finalidad de la sanción:

1. Aplicar una sanción drástica por faltas graves a quien incurre en ella (no dándose en el caso de autos una falta grave) y 2º proteger a las entidades del sector cooperativo de personas que, por sus condiciones, representan un peligro, lo que lleva a concluir que es tan notorio el error en la motivación de los actos demandados que se puede llegar al absurdo de pensar que las admirables condiciones del demandante le acarrearán la sanción.

### d) Las razones de la defensa

La apoderada de la Nación-Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas - Dancoop, en la contestación de la demanda expresa, en síntesis, lo siguiente (fls. 83 a 85 del Cdno. Ppal.):

Respecto del artículo 29 de la Constitución Política debe decirse que el Director del Dancoop, a fin de garantizar la imparcialidad en el caso de Credifenalco, separó de su conocimiento al Jefe de la División de Vigilancia y Control, de conformidad con la facultad consagrada en el inciso 5 del artículo 30 del C.C.A., designando a la doctora Eulalia Nohemí Jiménez Rodríguez y comunicando tal decisión mediante Oficio OD. 392 de 28 de septiembre de 1992, al señor José Vicente Villamil García y otros asociados de Credifenalco.

No se acepta la afirmación hecha por la parte actora en el sentido de que la División de Control y Vigilancia tenga que ser la que investiga las irregularidades presentadas en las entidades sometidas a la acción del Dancoop, por cuanto como en el caso *sub judice*, los mismos asociados de Credifenalco solicitaron al Director separar del conocimiento al Jefe de dicha División, sugerencia que fue atendida.

Una de las funciones del agente especial nombrado mediante Resolución 2977 de 25 de agosto de 1992, era presentar mensualmente un informe detallado sobre su gestión administrativa en Credifenalco, no habiendo por lo tanto necesidad de enviar a un visitador a verificar los informes presentados por dicho agente, porque el mismo estaba actuando a nombre de Dancoop y además, soportó sus informes con las respectivas actas, las cuales, de conformidad con el artículo 44 de la Ley 79 de 1988, son pruebas suficientes.

Frente a los artículos 15, 16 y 25 de la Constitución Política debe decirse que en ningún momento fueron violados, por cuanto cuando no se cumple con las funciones encomendadas se tiene que responder, máxime cuando se está actuando en representación de una colectividad; mal haría la entidad demandada en tolerar que los directivos de las entidades que vigila infrinjan la ley, los estatutos y los reglamentos, perjudicando a quienes éstos representan y al no hacer nada para no manchar el nombre de los infractores, pues en este caso los representados podrían demandar al Dancoop por omisión en el ejercicio de sus funciones.

En lo que concierne al artículo 15 numeral 15 de la Ley 13 de 1984, debe precisarse que el Director del Dancoop actuó con imparcialidad al imponer la sanción de inhabilidad, pues de no ser así, no habría designado para adelantar la investigación a una persona diferente al Jefe de la División de Control y Vigilancia.

De otra parte, los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad, razón por la cual el demandante está en la obligación de demostrar los motivos de ilegalidad que hacen anulable el acto administrativo.

Finalmente, no es cierta la falsa motivación aducida, pues de los considerando de los actos demandados se observa que se encuentran de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, y que son el resultado de un análisis imparcial y objetivo de los descargos presentados por la parte actora;

## SECCION PRIMERA

### 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 11 de febrero de 1994 se admitió la demanda (fl. 72 del Cdno. Ppal.).

Mediante proveído de 7 de junio de 1994 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes (fl. 89 del Cdno. Ppal.).

Por auto de 14 de octubre de 1994 (fl. 121 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. 122 del Cdno. Ppal.), la parte demandante (fl. 125 *ibidem*) y el Ministerio Público (fl. 139 *ibidem*).

## 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. 167 a 177 del Cdno. Ppal.).

Frente a los cargos de violación de los artículos 29 de la Constitución Política, 30 y 33 de la Ley 24 de 1981, y falsa motivación, los cuales en esencia se refieren a la violación del debido proceso, debe decirse que los artículos 30 y 33 de la Ley 24 de 1981 establecen que dentro de las competencias de la División de Vigilancia y Control está la de ordenar investigaciones para comprobar irregularidades y establecer los responsables. Aun cuando a la Oficina Jurídica no le está expresamente atribuida la función investigativa, el numeral 7 del artículo 11 de la ley arriba citada señala que además de las expresamente dadas, le corresponden “las demás que se le asignen”, que fue lo que sucedió en el presente caso, ya que de conformidad con la comunicación de 7 de octubre de 1992 (fl. 87 del Cdno. Ppal.), el Jefe de la División de Vigilancia tuvo que ser separado del asunto de Credifenalco, asunto que fue asignado a la Oficina Jurídica.

Por lo demás, es función general del Dancoop proceder a imponer las sanciones previstas por violación de las leyes y demás disposiciones, función que si bien es cierto de conformidad con el artículo 4º de la Ley 24 de 1981 se cumplirá a través de la estructura administrativa, dentro de la cual se encuentran la División de Vigilancia y la Oficina Jurídica, ello no implica una limitante total de competencia para cada una de las dependencias, máxime cuando se plantea que además de las propias funciones que les corresponden tendrán las demás que les asignen, y cuando hubo necesidad de separar del conocimiento del asunto de Credifenalco al Jefe de la División de Vigilancia.

A criterio del Tribunal no se presenta violación al debido proceso por la denominada por el actor “concentración de funciones” que no se dio con respecto a la formulación de cargos, a la expedición de la resolución sancionatoria y a la decisión del recurso de reposición.

El recurso de reposición lo decide la misma autoridad que expidió el acto, en este caso, el Director del Dancoop, sin que pueda decirse que las iniciales que coinciden con las del nombre de la Jefe de la Oficina Jurídica constituyan prueba de que ésta fue quien lo expidió. Que el proyecto lo prepare la Oficina tantas veces mencionada no implica invalidar la órbita de funciones del superior, ya que ello no puede confundirse con la función decisoria que está en cabeza del Director, quien responde con su firma por los actos correspondientes.

El Dancoop designó su agente especial (fl. 87 del Cdno. Ppal.) quien remitió un informe sobre los créditos y las actas correspondientes, razón por la cual la entidad no consideró necesario realizar una investigación que estaba hecha, siendo ello tan cierto que en el escrito de descargos el actor no desconoce que no hubieran sucedido los hechos considerados como faltas por el Dancoop, sino que afirma que no son tan graves como para haberle impuesto la sanción de 3 años de inhabilidad.

En cuanto a la incongruencia de la sanción y la falta, para el *a quo* es claro que la función del Dancoop, de imponer las sanciones previstas en las diferentes normas, constituye una función reglada que se encuentra en armonía con su función discrecional de imponer sanciones sin graduación alguna pues la ley no se la establece.

De conformidad con el artículo 154 de la Ley 79 de 1988, el máximo del *quatum* de la sanción por inhabilidad es de cinco años y la impuesta al actor fue de tres años, habiendo sido comprobados y aceptados por el actor los hechos por los que se le sancionó y gozando éste de todas las oportunidades para ejercer su derecho de defensa.

En consecuencia, no puede hablarse de violación de las normas invocadas ni de falsa motivación de los actos acusados.

Respecto de la violación de la Ley 13 de 1984 debe precisarse que pese a que en ésta se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional, dicha norma no es aplicable al caso *sub lite*, ya que Credifenalco es una persona jurídica de derecho privado y además, las Leyes 24 de 1981 y 79 de 1988 son normas específicas para el Dancoop.

En cuanto a la afectación del buen nombre del demandante y la limitación de su derecho al trabajo es de observar que las mismas las hace depender el demandante de la violación al debido proceso, cargo que ya fue analizado y que no prosperó, razón por la cual el cargo en estudio tampoco prospera, pues la sanción fue impuesta bajo los parámetros legales y con la observancia de las normas que regulan el procedimiento que generó la sanción impuesta.

### 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. 179 a 190 del Cdno. Ppal.):

## SECCION PRIMERA

1. El fallo adolece de error de apreciación de los hechos de la demanda, de las pruebas que obran en el expediente y de los fundamentos jurídicos, pues parte del supuesto de que el demandante no desconoció que los hechos considerados por el Dancoop como faltas no hubieran sucedido, sino que se refirió a los mismos como no tan graves y consideró además que al demandante se le respetó el derecho de defensa.

De la lectura de la demanda, de los descargos presentados y del recurso de reposición, se concluye que el actor sí reconoció que participó en la realización de las conductas calificadas como faltas por el Dancoop, en su calidad de miembro del Consejo de Administración de Credifenalco por haber votado para adoptar las decisiones correspondientes, pero nunca reconoció que esas conductas en las cuales tuvo participación tuvieran el carácter de faltas, aceptando que sólo una de ellas es violatoria del reglamento de crédito, pero que frente a ella se da la excepción de inaplicación de la norma por ilegalidad.

2. Si bien en el proceso disciplinario adelantado al actor este tuvo oportunidad de defensa, éstas fueron formales pero no reales porque no se tuvieron en cuenta sus argumentaciones o descargos.

3. Se violó el principio de la congruencia entre falta y sanción, pues aún bajo el supuesto de que las conductas del actor por las cuales fue sancionada fueran faltas (cuestión que no se acepta) la sanción no guarda proporción con las supuestas faltas.

4. La sentencia apelada desconoce el artículo 29 de la Constitución Política y el principio de legalidad, pues no basta que se reconozca y pruebe la realización de una conducta para imponer una sanción, sino que esa conducta debe estar claramente prevista en una disposición legal anterior a su realización.

5. El Secretario General del Dancoop mediante Oficio de 1° de agosto de 1994 (el cual no fue valorado por el Tribunal), señala los pasos de las investigaciones que en virtud de la función de vigilancia sobre el sector cooperativo realiza dicha entidad, en el cual se habla de la diligencia de visita, del informe que se debe rendir, de su evaluación, de las observaciones, del pliego de cargos, de la notificación de las resoluciones, y además dice que los recursos interpuestos son enviados a la Oficina Jurídica quien es la que revoca o confirma.

De lo anterior se concluye que sí se violó el debido proceso, ya que al omitirse la práctica de la visita se dejaron de practicar pruebas necesarias para tomar la decisión correspondiente, tales como la inspección de libros, actas, reglamentos, acuerdos o resoluciones de los órganos sociales, instrucciones impartidas a los empleados, etc. De igual manera se omitió la rendición del informe y la evaluación y formulación de observaciones por parte de los funcionarios que por ley tienen asignada dicha competencia.

La demandada afirma que la diligencia de visita no era necesaria por cuanto el agente especial del Dancoop envió informes que soportó con las respectivas actas, los cuales a su juicio son suficiente prueba al tenor del artículo 44 de la Ley 79 de 1988.

La anterior afirmación es acogida por el *a quo*, sin tener en cuenta que la investigación no fue asignada a un agente especial sino que dicho agente fue designado para que ejerciera la representación legal de Credifenalco, la administrara y presentara informes periódicos sobre su gestión administrativa, sin que el mismo tuviera funciones de inspección, vigilancia o investigación.

6. También hay error en el Tribunal cuando considera que el trámite adelantado por el agente especial se llevó a cabo bajo los parámetros legales "...y ello fue lo que permitió, se consideró como investigación...", dado que ni siquiera la misma parte demandada hace tal afirmación. De otra parte, el informe rendido por el agente especial sólo podía considerarse como fundamento para ordenar investigación administrativa, de conformidad con el numeral 2 del artículo 30 de la Ley 24 de 1981.

7. El conocimiento de toda la actuación disciplinaria contra el actor estuvo a cargo de la Jefe de la Oficina Jurídica, quien analizó el informe enviado por el agente especial, elevó pliego de cargos, propuso la resolución sancionatoria, conoció del recurso de reposición interpuesto contra ésta y la confirmó, cuestiones éstas últimas que se demuestran con el Oficio suscrito por el Secretario General del Dancoop al que se aludió anteriormente. Todo lo anterior no permitió que se hiciera una valoración por persona distinta a la Jefe de la citada Oficina, sin que sea de recibo la explicación dada por la entidad demandada en el sentido de que se separó del conocimiento de los asuntos referentes a Credifenalco al Jefe de la División de Vigilancia y Control pues nunca se ha objetado dicha medida, sino que lo que repetidamente se ha expresado es que el hecho de ese reemplazo no puede tener como consecuencia el cambio de las normas procedimentales, la supresión de pasos, la separación de funciones de los funcionarios de la Sección de Visitaduría e Investigaciones y la concentración de funciones de investigación y conocimiento del recurso contra el acto sancionatorio.

8. El fallo apelado viola el artículo 13 de la Constitución Política al considerar que en el caso del actor la violación al debido proceso no produce el efecto de invalidar los actos demandados.

9. El Tribunal desconoce que el Dancoop tiene una facultad sancionatoria reglada con cierto campo de discrecionalidad, pero no de arbitrariedad. En el campo de la discrecionalidad sancionatoria del Dancoop debe aplicarse el principio de equidad contenido en el artículo 230 de la Carta Política, como criterio auxiliar que determina la proporcionalidad entre falta y sanción. Además, el principio constitucional de igualdad de todos los ciudadanos en armonía con el numeral 15 del artículo 15 de la Ley 13 de 1984, implican que ante iguales hechos se debe imponer igual sanción, sin establecer discriminaciones o preferencias, y que ante unos hechos concretos debe observar la correspondencia entre falta y sanción.

10. Finalmente, como un hecho más que demuestra la violación del debido proceso, debe destacarse que el actor en el curso de la actuación administrativa solicitó la práctica de pruebas tales como la declaración del señor Lino Alberto Franco, Director

## SECCION PRIMERA

Financiero de Credifenalco, y una visita a dicha entidad, las cuales no fueron decretadas ni practicadas.

### IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado ante esta Corporación no rindió concepto.

### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En esencia, la inconformidad del recurrente se centra en la violación al debido proceso, por las siguientes razones:

1. El demandante nunca reconoció que los hechos por los cuales se le sancionó fueran faltas y por lo tanto existió error de apreciación de los hechos, de las pruebas y de los fundamentos jurídicos por parte del Tribunal, al afirmar que aquél aceptó que las faltas eran leves.

Sobre el particular, estima la Sala que el hecho de que el investigado no acepte que las conductas por las cuales se le sancionó no constituyen faltas no es relevante, pues lo importante es que las conductas se encuentren tipificadas como tal y la Administración demuestre que el inculpado sí incurrió en tales conductas.

2. Señala el apelante que se desconoció el principio de legalidad, por cuanto sólo puede sancionarse por conductas previamente tipificadas como faltas, cuestión que según su parecer no ocurrió en el caso *sub judice*.

Al respecto, estima esta Corporación que si bien es cierto que nadie puede ser sancionado por una falta que no esté previamente establecida, también lo es, que es a la parte actora a quien le corresponde demostrar que las conductas a ella endilgadas no constituyen falta. En la etapa administrativa no logró desvirtuar los cargos a ella atribuidos y en esta etapa jurisdiccional no aportó nuevos elementos de juicio que permitan echar abajo la presunción de legalidad de que gozan las resoluciones demandadas como actos administrativos que son,

Antes bien por el contrario, la Sala al examinar las normas del Reglamento de Crédito de Credifenalco (fls. 9 y s.s. del Cdno. de Pruebas) frente al pliego de cargos corrido al señor Infante Salazar (fls. 16 a 21 del Cdno. N° 2), encuentra que sin lugar a dudas en el otorgamiento de los diferentes créditos a que se refieren los actos demandados el demandante inobservó las citadas normas, y que las explicaciones por él dadas en sus descargos (fls. 22 a 50 *ibidem*) sólo lograron desvirtuar dos de las faltas a él imputadas, cuestión que el Director del Departamento Nacional de Cooperativas dejó consignada en la resolución que resolvió el recuso de reposición.

Para corroborar lo anterior, la Sala examinará algunos de los cargos endilgados al demandante en la actuación administrativa, frente a las normas cuya violación se le atribuye:

Primer cargo: Violación del punto 2 del Capítulo V del Reglamento de Crédito, por cuanto se concedió la prórroga de la cancelación de una cuota, cuando ésta ya estaba vencida (fl. 16 del Cdno. N° 2).

Prescribe dicha norma (fl. 63 Cdno. de Pruebas):

“2. Prórroga. Es una ampliación del plazo para la cancelación de una deuda no mayor de noventa días, pagando los intereses corrientes, **solicitada previamente al vencimiento**” (negrillas fuera del texto).

El actor en sus descargos (fl. 25 *ibidem*) expone una serie de argumentos que no logran desvirtuar que la solicitud de prórroga en cuestión fue presentada el 5 de junio de 1990, es decir, después del vencimiento de la cuota, que fue el 16 de mayo del mismo año, lo que a simple vista hace ver que en efecto incurrió en la violación alegada.

Segundo cargo: Violación del punto 1, Capítulo V; 3.3 y 4 del Capítulo III del Reglamento de Crédito; y Acta número 373 de 23 de julio de 1991, por cuanto se refinanció la suma de \$6.255.840.00. lo cual requería de un plan de pagos y garantías adicionales, y según el acta 373 de 1991, los créditos de \$6.000.000.00 a \$10.000.000.00 exigen garantía hipotecaria, teniéndose que en el crédito en cuestión se aceptaron los mismos codeudores y la refinanciación se hizo por capital más intereses del 36% y no del 48%, como era lo estipulado.

Dichas normas establecen:

#### Capítulo V.

“1. Refinanciación, es una novación de la obligación con el cambio de las condiciones pactadas originalmente y con el otorgamiento de un nuevo pagaré, lo cual es facultad única y exclusiva del honorable Consejo de Administración.

“En caso de que el asociado requiera una refinanciación deberá presentar previamente al vencimiento, una carta donde exponga los motivos para la misma, las garantías adicionales que ofrece y el plan de pagos...”.

#### Capítulo III.

“Para el análisis de la solicitud se toman en cuenta básicamente los siguientes aspectos:

“3.3 Capacidad de pago.

“– Estabilidad del empleo o actividad principal del asociado.

“– Ingresos económicos.

“– Presupuesto de gastos del asociado.

## SECCION PRIMERA

“– Deudas a cargo del asociado (acreedor, monto, plazo, intereses) directas o indirectas. Es importante establecer la sumatoria de las responsabilidades (directas e indirectas), para determinar la capacidad de endeudamiento del asociado y los codeudores.

“– Estabilidad de la residencia.

“– Capacidad de repago.

“– Por muestreo se hará inspección ocular a los negocios del asociado”.

“4. Garantías. Para contar con un respaldo suficiente que garantice la recuperación de las sumas entregadas en préstamo a los asociados. Credifenalco exigirá a los prestatarios la constitución de garantías a favor de la entidad, las cuales pueden ser personales o reales o de otra naturaleza que fuere posible. El honorable Consejo de Administración o el Ente que tenga la facultad de estudiar y aprobar el crédito, será el responsable de las garantías a exigir, las cuales llevarán el correspondiente visto bueno del Departamento Jurídico, condición especial para la contabilización del crédito”.

Acta número 373 de 23 de julio de 1991: (fl. 96 del Cdno. de pruebas):

“El Miembro de la Junta de Vigilancia, ...sugirió que se trazara un sola política sobre las garantías para créditos mayores de \$6.000.000 y trajo a colación...

“Acogida su propuesta, fue discutida ampliamente y aprobada por unanimidad de la siguiente manera:

“GARANTIA PARA:

“Créditos de \$6.000.000 a \$10.000.000. Garantía Real Hipotecaria. Los casos especiales los estudiará el Consejo...”.

El señor Infante en sus descargos (fl. 26 a 29 *ibidem*) reconoce que en la refinanciación en cuestión no se exigieron garantías adicionales, cuando su apoderada manifiesta que “...En cuanto a garantías mi poderdante reconoce no haber verificado personalmente sus características...”.

Respecto de la no exigencia de la garantía hipotecaria a que se refiere el Acta 373 de 1991, aduce que en dicha acta se señala además que el Consejo estudiará los casos especiales. A juicio de la Sala, si bien ello es cierto, no lo es menos que al reconocer el demandante que no verificó las garantías en cuestión, lo cual constituye violación del reglamento de Crédito, mal puede entonces alegar que se efectuó un estudio especial sobre dicho caso.

Queda entonces plenamente establecido que el principio de legalidad que el actor considera transgredido no lo fue, pues en efecto las normas cuyo desconocimiento se

le atribuyen, esto es, las contenidas en el reglamento de Crédito, existían previamente, a la comisión de las faltas en que incurrió.

3. Alega el recurrente que en el proceso administrativo adelantado contra él tuvo oportunidades de defensa formales pero no reales, por cuanto se omitió la práctica de la visita, de pruebas tales como inspección de libros, actas, acuerdos, etc., la rendición del informe, y la evaluación y formulación de observaciones por parte de los funcionarios que por ley tienen esa competencia.

Procede entonces la Sala al análisis de las normas de la Ley 24 de 1981 que el actor estima vulneradas:

“Artículo 30. De la División y Vigilancia y Control:

“Son funciones de la División de Vigilancia y Control:

“1. ...

“2. Ordenar la práctica de investigaciones administrativas de oficio o a solicitud de parte, a fin de establecer las presuntas irregularidades que puedan presentarse en la constitución, funcionamiento o liquidación de las entidades sometidas al control del Departamento, y establecer por medio de éstos las responsabilidades que sean del caso y denunciar ante la jurisdicción competente las irregularidades encontradas”.

“Artículo 33. Son funciones de la Sección de Visitaduría e Investigaciones:

“1. Practicar visitas e investigaciones administrativas de oficio o a solicitud de parte, de carácter general o especial, tendientes a evaluar el funcionamiento de las entidades sometidas al control del Departamento y a establecer las posibles irregularidades que puedan presentarse.

“2. Elaborar un informe completo y detallado de cada visita e investigación que analice con la mayor profundidad y objetividad los aspectos administrativos financieros, legales, contables, económicos o sociales, de la entidad visitada.

“3. Estudiar, evaluar y conceptuar sobre los informes o actas de visitas e investigaciones realizadas por el Departamento y proponer con base a éstas (sic) la adopción de las medidas que sean necesarias...”.

La violación al debido proceso y al derecho de defensa la sustenta el apelante en el hecho de que no fue la División de Vigilancia y Control la que conoció de la investigación adelantada en su contra, como lo ordena el artículo 30 transitorio, sino un agente especial que designó la entidad demandada ante Credifenalco.

Frente a lo anterior, la entidad demandada arguye que por solicitud de los asociados de Credifenalco se separó al Jefe de la División de Vigilancia del conocimiento de los asuntos relacionados con dicha institución, (lo que no controvierte el demandante)

## SECCION PRIMERA

y que en tal virtud quien efectuó la visita fue el citado agente especial, nombrado mediante Resolución número 2977 de 1992, una de cuyas funciones era rendir un informe mensual detallado de su gestión administrativa.

La Sala encuentra que en cumplimiento de la función señalada, el agente especial rindió un informe dirigido al Director del Dancoop que obra a folio 88 del Cuaderno de Pruebas, en el que se lee:

“Adjunto me permito remitir informe sobre los créditos otorgados por el Consejo de Administración y el Comité de Crédito de la Cooperativa, donde se observan algunas supuestas violaciones al Manuel de Crédito vigente...”

A dicho informe acompañó las actas del Consejo de Administración, donde se adoptaron las decisiones que fueron consideradas como violación al Reglamento de Crédito y que dieron origen a la sanción cuestionada, actas que en manera alguna fueron tachadas de falsas, como bien pudo hacerlo el señor Infante, si consideraba que lo en ellas consignado, lo cual además fue sustento del informe, carecía de veracidad.

Además el artículo 149 de la Ley 79 de 1988 reza:

“Los miembros del consejo de administración y el gerente serán responsables por violación de la ley, los estatutos o los reglamentos. Los miembros del consejo serán eximidos de responsabilidad mediante la prueba de no haber participado en la reunión o de haber salvado expresamente su voto”.

En la sustentación del recurso, el apoderado del demandante expresa que (fl. 180 del Cdo. Ppal.) “...se concluye que el actor, señor Fernando Infante Salazar, sí reconoció que participó en la realización de las conductas calificadas por el Dancoop como faltas, en su calidad de Miembro del Consejo de Administración de Credifenalco, **por haber votado para adoptar las decisiones correspondientes,...**” (negrillas fuera del texto).

A juicio de esta Corporación, el hecho de que la visita no haya sido practicada por el Jefe de la División de Vigilancia y Control no es razón para que se afirme que le fue desconocido al demandante su derecho de defensa, puesto que el mismo tuvo oportunidad de rendir descargos (fl. 22 Cdo. N° 2), solicitar pruebas (fl. 49 *ibidem*), interponer recurso de reposición contra la decisión adoptada (fl. 56 *ibidem*) y finalmente, obtener de la Administración respuesta a ese recurso.

Además, el artículo 151 de la Ley 79 de 1988 preceptúa que “las cooperativas estarán sujetas a la inspección y vigilancia permanente del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, de conformidad con la ley, con la finalidad de asegurar que los actos atinentes a su constitución, funcionamiento, cumplimiento del objeto social y disolución y liquidación, se ajusten a las normas legales y estatutarias”, por lo cual estima la Sala que en cumplimiento de dicha finalidad, el Dancoop designó al agente especial ante Credifenalco, lo cual implica que éste se encontraba facultado para investigar y rendir el informe, como en efecto lo hizo.

4. De otra parte, considera el recurrente que existió concentración de funciones en la Jefe de la Oficina Jurídica de la entidad demandada, basando su afirmación en el Oficio suscrito por el Secretario General del Dancoop (fl. 102 del Cdno. Ppal.), donde se dice:

“...Si son respuestas a pliegos de cargos, Secretaria Ejecutiva los remite a la dependencia donde se produjeron, y si son recursos interpuestos a providencias por los afectados, la misma oficina los envía a la Oficina Jurídica del Dancoop a cargo de la doctora Aydí Lucía Medina Cordero en la fecha, quien es la que revoca o confirma la resolución motivo de la sanción...”.

Lo anterior debe interpretarse como que es la Jefe de la Oficina Jurídica la que proyecta los actos administrativos que firma el Director, quien es en verdad el funcionario que en últimas adopta la decisión respectiva, si se tiene en cuenta la Resolución número 839 de 12 de mayo de 1988 (fl. 97 del Cdno. N° Ppal.), expedida por el Director del Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas, *por la cual se reglamentan y asignan funciones a la Oficina Jurídica*, la cual en su parte resolutive estableció:

**Artículo primero.** Asignar las siguientes funciones:

**“1. Proyectar** los escritos que resuelvan recursos en la vía gubernativa: reposición interpuesto contra decisiones del Jefe y apelación contra decisiones de los Jefes de División y Jefes Regionales de la Entidad...” (negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, esta Corporación comparte lo expresado por el Tribunal de origen cuando afirmó (fl. 170 del Cdno. Ppal.):

“Nótese cómo la resolución sancionatoria no aparece ni en su prefacio ni en su parte final expedida por el Jefe de la Oficina Jurídica, aun cuando aparecen iniciales que coinciden con sus nombres, iniciales que en ningún momento son prueba de su expedición por parte de esa funcionaria por el contrario fueron firmadas por el Director del Departamento y el Secretario General, e igual sucede con la resolución que decidió el recurso de reposición.

“No obsta al efecto, ni implica invalidar la órbita de funciones del superior, que el proyecto lo prepara la oficina antes mencionada; es claro que esa intervención no puede en ningún caso confundirse con la función decisoria que está en cabeza del Director, (sic) responde por su firma los actos correspondientes...”.

5. Señala el apoderado de la parte actora que el fallo apelado viola el artículo 13 de la Constitución Política, porque consideró que en el caso del actor la violación al debido proceso no invalida los actos demandados.

Al respecto, observa la Sala que el *a quo* en la sentencia apelada consideró probado que al actor se le respeta el debido proceso su derecho de defensa, razón por la cual carece de sustento lo arriba afirmado.

## SECCION PRIMERA

6. Estima el demandante que, aun en el caso de aceptar que las conductas por él asumidas constituyeron faltas, la sanción a aplicar no era la impuesta por tratarse, según su parecer, de faltas leves, lo cual viola los principios de congruencia y equidad que determinan la proporcionalidad que debe existir entre la falta y la sanción.

Sobre el particular, la Sala encuentra necesario referirse al artículo 2° numeral 12 literal b) de la Ley 24 de 1981, donde se atribuye al Dancoop la función de “Imponer las sanciones previstas en las leyes cooperativas, en los decretos y demás disposiciones sobre la materia”, sanciones a las que se refiere el artículo 154 de la Ley 79 de 1988, *por la cual se actualiza la legislación cooperativa*, y dentro de las cuales se encuentra la “Declaración de inhabilidad para el ejercicio de cargos en entidades del sector cooperativo hasta por cinco años...” (numeral 4).

La facultad de graduación de las sanciones corresponde entonces al Director del Dancoop, quien está investido de un poder discrecional para tal efecto, considerando este que en el caso *sub lite* las faltas cometidas por el señor Infante Salazar ameritaban la inhabilidad antes referida por un término de tres años, de conformidad con la valoración que efectuó de las pruebas obrantes en el proceso, las cuales fueron suficientes para demostrar que efectivamente aquél incurrió en las faltas a él endilgadas.

En consecuencia, no puede hablarse de violación al debido proceso por no haber sido decretadas unas pruebas solicitadas por el encargado, así como tampoco de discriminación por la sanción a este último impuesta, pues cada caso en particular debe ser analizado frente a las circunstancias de hecho y de derecho que lo rodean, estimando la Administración, con base en la facultad discrecional de graduación de la sanción que le asiste, que la sanción a imponer al actor era la que efectivamente impuso en los actos administrativos aquí impugnados.

Al no haber logrado el demandante demostrar que las faltas a él imputadas no las cometió y estando por el contrario demostrado que el mismo infringió el artículo 45, numeral 13 de la Ley 24 de 1981, adicionado por el artículo 153 de la Ley 79 de 1988, el cual prescribe que el Dancoop sancionará, entre otros, a los titulares de los órganos de administración por las faltas que les sean personalmente imputables, entre ellas, las derivadas del incumplimiento de los deberes y funciones previstos en la ley o los estatutos, no queda duda para esta Corporación que los actos demandados se ajustaron a las normas legales fundamento de su expedición y que por lo tanto permanece incólume el principio de legalidad que los ampara, máxime cuando uno de los objetivos de la entidad demandada es ejercer vigilancia y control sobre las sociedades cooperativas (art. 1° Ley 24 de 1981).

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.** CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 6 de abril de 1995.

**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 costa de la segunda instancia.

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 veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis.

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel S. Urueta Ayola.*

## **COMERCIO EXTERIOR-Normatividad / EXPORTACION DE BANANO / CUPOS DE EXPORTACION / COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA**

Del reglamento C.E.E., no. 404/93 "por el cual se establece la organización común de mercados en el sector del plátano" expedido por el Consejo de las Comunidades Europeas, se infiere que dichas Comunidades buscan que no sólo los plátanos originarios de terceros países tengan salida al mercado comunitario sino que también la tengan los plátanos producidos en la Comunidad y que estos aporten el máximo nivel de ingresos posibles. Conforme se deduce del Reglamento C.E. no. 3224/94 de 21 de diciembre de 1994 "por el que (sic) se establecen medidas transitorias para la aplicación del acuerdo marco sobre el plátano celebrado dentro de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay", emanado de la Comisión de las Comunidades Europeas, estas Comunidades buscan garantizar que la distribución de las cantidades de plátano se haga según lo establecido en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay, por lo cual en su artículo 1º se asignó un contingente arancelario para Colombia de 21.0.

## **EXPORTACION DE BANANO-Restricciones / PAIS EXPORTADOR-Políticas / ECONOMIA NACIONAL / COMERCIO EXTERIOR.**

Las condiciones para el mercado de la exportación de banano a la Unión Europea determinadas por el Consejo o la Comisión de las Comunidades Europeas, y si las medidas que estos organismos adoptan tienen vocación de transitoriedad, pues, como ya se vio, están sujetas a la elaboración anual de un plan de previsiones a la producción y del consumo de importación y exportación, que puede ser revisado cuando circunstancias excepcionales afecten tales aspectos, con efectos variables en algunos casos trimestralmente, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones del último reglamento C.E. 3224 de 1994, y del artículo 2 del reglamento (C.E.) no. 704/95 ello necesariamente obliga a los países exportadores a adoptar también medidas del mismo carácter, a fin de conjurar la crisis que en un momento dado afecte la economía nacional, lo cual lejos de violar lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 8º de la Ley 7ª de 1991, que prevé que el Gobierno Nacional al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comer-

cio internacional el país debe someterse, entre otros principios al de “Adoptar sólo transitoriamente, mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país” está armonía con este precepto legal.

## BANANO / CUPO DE EXPORTACION / ACTIVIDAD EXPORTADORA

El Gobierno Nacional tomó como base para la distribución del cupo de exportación de banano a la Comunidad Europea un período representativo del comportamiento de las exportaciones a dicha Comunidad, tal factor, según se infiere del contenido del citado reglamento C.E.E., n. 404/93 y del literal d) del numeral 2 del artículo XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, celebrado en Ginebra el 28 de noviembre de 1979, aprobado por la Ley 49 de 14 de mayo de 1981 es el comúnmente utilizado en tratándose del comercio internacional. Estima la Sala que la eficiencia, la calidad del producto, el precio y la capacidad o disponibilidad de exportación son elementos ínsitos de la actividad exportadora y no puede afirmarse, ya que no existen elementos de juicio en el proceso que así lo demuestren, que tales elementos no tuvieron cabida en la distribución de cupos a que se contrae el acto acusado.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3427.

Referencia: Expediente número 3427.

Acción: Nulidad.

Actoras: Sociedad Técnicas Baltime de Colombia S. A., y otras.

Las Sociedades *Técnicas Baltime de Colombia S. A., C. I. Bananos de Exportación S. A. “C. I. Banadex S. A.”* y *Comercializadora Internacional Sociedades Unidas S. A. “C. I. Sunisa S.A.”*, a través de apoderado y en ejercicio de la acción pública consagrada en el artículo 84 del C.C.A., han presentado demanda tendiente a obtener la declaratoria de nulidad del artículo 2° del Decreto número 855 del 25 de mayo de 1995 “por el cual se regulan las exportaciones de banano a la Unión Europea durante el tercer trimestre de 1995”, expedido por el Gobierno Nacional.

## I. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para impetrar la nulidad de la disposición acusada adujeron las actoras, en esencia, los siguientes cargos de violación (folios 29 a 46):

## SECCION PRIMERA

1°. El acto acusado es violatorio del numeral 8 del artículo 2° de la Ley 7ª de 1991 ya que el Gobierno Nacional no está habilitado para adoptar cualquier mecanismo para superar coyunturas internas o externas adversas al interés comercial del país, sino sólo los que sean conformes con los principios generales de la Ley Marco de Comercio Exterior y los superiores de la Constitución Política.

Los mecanismos excepcionales y transitorios no pueden ser los de adoptar medidas contrarias a la igualdad y a la libre competencia.

Además, cuando las medidas se reiteran cada tres meses en el mismo sentido, como ha venido haciéndose por medio de los Decretos números 2655 de 1994, 418 y 855 de 1995, ya no se trata de medidas transitorias para superar una situación de emergencia sino de medidas con vocación de permanencia y prácticamente definitivas, aunque revisables cada cierto tiempo.

2°. Se violaron los numerales 1, 4 y 5 del artículo 2° de la Ley 7ª de 1991 porque el mecanismo adoptado en el acto acusado no se ciñe a los principios de equidad y competitividad ni a los de igualdad y libre competencia que consagra la Constitución Política.

En efecto, la disposición acusada no distribuye en forma equitativa los cupos para las exportaciones de banano a la Unión Europea dado que otorga ventajas jurídicas inadmisibles a quienes hayan hecho exportaciones de por lo menos 500 toneladas métricas entre 1990 y 1993, o hayan exportado en un período reciente.

Asignar los cupos de exportaciones atendiendo a criterios históricos implica el otorgamiento de ventajas inequitativas a unos productores sobre otros.

La libre competencia se traduce en que cada productor tenga posibilidad de acceso al mercado, de acuerdo con la eficiencia, la calidad, la capacidad de producción y de servicio y en general las condiciones en que formule sus ofertas, sin que intervengan criterios distintos de los intrínsecos a las mismas.

Los criterios históricos de adjudicación de cupos de exportación, basados en exportaciones verificadas en años anteriores no consultan la competitividad de las ofertas que por ese medio se autoricen. El hecho de haber exportado en años anteriores no significa que el producto que ahora pretenda ofrecerse sea de mejor calidad, tenga precios más atractivos o se despache en mejores condiciones que los de otros productores.

Para garantizar la competitividad del banano de producción nacional en el mercado de la Unión Europea las medidas a adoptar deben ser las de verificar la capacidad actual de los productores interesados, la calidad de sus productos, el precio y la disponibilidad para efectuar despachos, etc., pero de ninguna manera un registro histórico de exportaciones.

3°. Se violaron los artículos 13 y 226 de la Constitución Política porque el acto acusado establece trato desigual e inequitativo para los productores y exportadores de

banano, al reservar el 93% del cupo a quienes hubieren verificado exportaciones de por lo menos 500 toneladas métricas, a los países de la Unión Europea entre 1990 y 1993, y asignar el restante 7%, para los que hubieran hecho exportaciones en un período reciente, en detrimento de otros que aun pudiendo exportar en condiciones de competitividad, no llenen esos requisitos.

Cuando el artículo 333 *ibídem* declara que la libre competencia es un derecho de todos, resulta obvio que ello debe acarrear consecuencias de distinto orden, no sólo para los particulares sino para las autoridades y el Gobierno Nacional.

Una de tales consecuencias no pueden ser otra que la de trazarles pautas a los altos órganos ejecutivos en el sentido de que, al ejercer sus potestades discrecionales, deben favorecer en todo caso la libre competencia y abstenerse de tomar decisiones que la entorpezcan. Es decir, no puede la acción intervencionista del Estado orientarse a crear factores que contribuyan a que ciertas personas o empresas se sitúen en posiciones dominantes dentro del mercado, cuando el texto constitucional precisamente ordena que el Estado se aplique a evitar o controlar los abusos que de la misma pueden derivarse.

La disposición acusada contraría también el inciso final del citado artículo 333 porque establece restricciones para la exportación de banano no autorizadas por la Ley Marco y contrarias a los principios de equidad, competitividad, eficacia y leal competencia de la producción nacional que según dicha disposición deben regir en esta materia.

4°. Se violan los artículos 121, 150 numeral 19, literal b), y 189, numeral 25, *ibídem*. En efecto, los reglamentos de leyes marco no gozan de plenitud de vigor legislativo, pues están subordinados a dichas leyes y de todas maneras no pueden separarse del ámbito que ellas tracen, como tampoco contrariarlas.

Los principios que sentó el artículo 2° de la Ley 7ª de 1991 en sus numerales 1, 4 y 5 implican límites a las potestades gubernamentales.

La asignación de cupos de exportación para los países de la Unión Europea tenían que hacerse con miras, entre otros, a impulsar la internacionalización de la economía, asunto que, según el artículo 226 de la Carta, debe ceñirse a bases de equidad, a mejorar la competitividad internacional de la producción y a procurar una leal y equitativa competencia a la misma.

El acto acusado no sólo no se sujetó a esos principios sino que los contrarió abiertamente, por lo siguiente:

- Dispuso promover el acceso de las exportaciones de banano al mercado de la Unión Europea sin considerar la equidad.

- No consideró el mejoramiento de la competitividad internacional de la producción local.

## SECCION PRIMERA

-No procuró una leal y equitativa competencia a la producción local.

### II. TRAMITE DE LA ACCION

A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, en desarrollo del cual se surtieron las etapas de admisión, fijación en lista, probataria y alegaciones.

### II. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

II.1.1 La Nación-Ministerio de Comercio Exterior -, a través de apoderada, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones expresó principalmente lo siguiente (folios 95 a 106):

1°. En materia de regulación del Comercio Exterior la competencia legislativa fue asignada constitucionalmente al Ejecutivo. Así lo reconoce la Corte Constitucional en sentencia de 3 de septiembre de 1992, con ponencia del Magistrado, doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

El Acuerdo Marco sobre Banano (AMB) de la Unión Europea otorgó a Colombia una cuota anual para las importaciones de banano pero dicha cuota tiene una ejecución trimestral, determinada por la Comisión Europea, dependiendo de la demanda en su mercado. Esto condiciona al Gobierno Nacional a expedir trimestralmente una reglamentación para la repartición de la cuota otorgada y constituye el fundamento para que la reglamentación sobre esta materia sea transitoria.

2°. Los criterios adoptados para la repartición de cuota no atenta contra los principios de igualdad y libre competencia.

En efecto, cuando se conoció la cuota asignada a Colombia para las importaciones de banano a la Unión Europea no existía en Europa reglamentación aduanera, administrativa ni operativa de mercado del Acuerdo Marco del Banano, es decir, que al Gobierno le correspondió implementar una medida que en el momento histórico no era exigible en Europa, debiéndose tener en cuenta la reglamentación que organismos de carácter internacional aplican a este tipo de operaciones. El artículo 13 del Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT) reglamenta la forma en que se deben repartir las licencias de importación, según la participación de los importadores en un período representativo. El numeral 5 del mismo artículo extiende esta medida a las exportaciones.

Basado en el mismo criterio de período representativo el Gobierno Nacional escogió para la repartición del mayor porcentaje de la cuota asignada a Colombia los años 1990 a 1993, porque durante 1990 a 1991 se restringió el Mercado Europeo y entre 1992 a 1993 Colombia comienza a exportar toda su fruta de banano a Europa, lo cual representó un acomodamiento acelerado y artificial para que las compañías exportadoras mejoraran sus récords. No se tomó el período del 1994, pues a pesar de existir cifras, estas no eran oficiales. Tampoco se tomó el año de 1995 porque no existían estadísticas colombianas ni europeas sobre la materia.

La norma acusada no sólo no viola el principio de la libre competencia sino que buscó generar una situación de igualdad para quienes no tenían acceso a las exportaciones. Tal es el caso de Santa Marta.

II. 2.2. La Nación -Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural-, a través de apoderada, contestó oportunamente la demanda y para oponerse a la prosperidad de sus pretensiones expuso, en síntesis, lo siguiente (folios 127 a 137):

1°. Con sujeción al numeral 8 del artículo 2° de la Ley 7ª de 1991, además de otras disposiciones de esta ley, el Gobierno Nacional expidió el Decreto número 855/1995 y como se puede leer en su artículo 1° la medida adoptada no es de carácter permanente.

El hecho de que el Gobierno Nacional hubiera expedido los Decretos números 2655 de 1° de diciembre de 1994 y 418 de 7 de marzo de 1995 no significa que la medida haya dejado de ser transitoria pues tiene una duración limitada y los mecanismos adoptados obedecen a circunstancias de mercado y de hecho especiales. En efecto, el Acuerdo Marco de Banano estableció para el mercado de la Unión Europea restricciones a las importaciones de banano fresco provenientes y originarias de terceros países, que afectan las exportaciones colombianas de esa fruta. Tales restricciones se traducen en la fijación de una cuota de exportación para Colombia que no obstante ser anual, para su ejecución es necesario atenerse a las cantidades que trimestralmente fija la Comisión de la Comunidades Europeas.

2°. El literal d) del artículo XIII del Acuerdo General de Aranceles y Comercio -GATT-, norma aplicable dentro de la Organización Mundial del Comercio, determina que al hacer una distribución del comercio de un producto al cual se apliquen restricciones a las importaciones, se tendrá en cuenta la participación de los importadores de acuerdo con el volumen importado en un período representativo anterior. Este criterio se aplica a las exportaciones de conformidad con el numeral 5 del mismo artículo.

Se entiende por período representativo el que sea suficiente para explicar el comportamiento real del mercado. Se tomó el período comprendido entre 1990 a 1993 teniendo en cuenta que este lapso encierra dos situaciones del mercado de exportación diferentes, a saber: durante el primer bienio, 1990-1991, no se conoce las restricciones al mercado; durante 1992-1993, las compañías aumentaron el volumen de sus exportaciones.

Se consideró la cantidad de 500 TM (toneladas métricas) teniendo en cuenta que este volumen lo cumplen la mayoría de los exportadores de banano.

Los requisitos establecidos para la distribución del 7% de la cuota fueron más amplios con la finalidad de incluir al pequeño exportador-productor que no tenía acceso al mercado de exportación y que por lo tanto no reunirá las condiciones señaladas para el 93% del contingente exportable.

3°. El Ejecutivo en ejercicio de la facultad reguladora y reglamentaria, armonizada con los preceptos constitucionales especiales para el sector agropecuario, señaló

## SECCION PRIMERA

los criterios dentro de los cuales el INCOMEX distribuiría el cupo de exportación, de tal manera que existiese un trato igualitario. De esta manera el principio de la libre competencia no se desconoce sino más bien se desarrolla.

### III. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Segundo Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se denieguen las súplicas de la demanda porque, a su juicio, el demandante no demostró con las pruebas pertinentes el quebrantamiento de las normas que invocó como violadas, además que la disposición acusada obedece a circunstancias trazadas por las Comunidades Europeas.

### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El artículo 2° del Decreto número 855 de 25 de mayo de 1995, es del siguiente tenor:

“El Instituto Colombiano de Comercio Exterior (Incomex) distribuirá el cupo trimestral conforme a las siguientes reglas:

1. El noventa y tres por ciento (93%) de dicho cupo se distribuirá entre los exportadores que hubieren exportado como mínimo quinientas toneladas métricas (500 TM) de banano fresco a países miembros de la Unión Europea, en el período 1990-1993, en forma proporcional a la participación individual del exportador dentro del total de las exportaciones colombianas de banano a la Unión Europea durante dicho período, sin tomar en cuenta aquellas exportaciones que no hubieren cumplido con el mínimo aquí indicado.

2. El siete por ciento (7%) restante se distribuirá proporcionalmente entre los demás exportadores, de acuerdo a (sic) las cantidades individuales necesarias para atender su capacidad exportadora a la Unión Europea, tomando en cuenta un período reciente; y entre las asociaciones representativas de productores independientes, para que éstas las distribuyan entre sus afiliados, en forma proporcional a la participación de cada uno dentro de la producción total que representa la asociación. Las asociaciones de productores y sus afiliados podrán utilizar el cupo asignado para exportar en forma directa a la Unión Europea, o a través de cualquier exportador que libremente escojan”.

Según se advierte en las consideraciones del Decreto número 855 de 25 de mayo de 1995, contenido del artículo acusado, el mercado de la Unión Europea para importaciones de banano fresco provenientes y originarias de terceros países se encuentra sujeto a restricciones de acceso que afectan las exportaciones colombianas de ese producto, por lo cual se adoptaron las medidas para el tercer trimestre de 1995 a que aquél se contrae.

Lo anterior encuentra pleno respaldo en los documentos que constituyen los antecedentes administrativos del acto acusado.

En efecto, del Reglamento C.E.E., número 404/93 “por el cual se establece la organización común de mercados en el sector del plátano”, expedido por el Consejo de las Comunidades Europeas (folio 77), se infiere que dichas comunidades buscan que no sólo los plátanos originarios de terceros países tengan salida al mercado comunitario sino que también la tengan los plátanos producidos en la Comunidad y que éstos aporten el máximo nivel de ingresos posibles. Por ello se prevé en el artículo 16 que cada año se elabore un plan de previsiones de la producción y del consumo en la Comunidad y de las importaciones y exportaciones, basándose en los datos de que se dispongan con relación a las cantidades de plátano que hayan sido comercializadas en la Comunidad durante el año anterior, desglosados según su origen; en las previsiones de producción y de comercialización de plátanos comunitarios; en las previsiones de importación de plátano tradicionales; y en las previsiones sobre el consumo teniendo en cuenta las tendencias recientes del mismo y la evolución de los precios del mercado, y que dicho plan podrá ser revisado cuando sea necesario y especialmente cuando se vean afectadas las condiciones de producción o de importación, caso en el cual el contingente arancelario previsto en el artículo 18 *ibídem* debería adaptarse.

Con base en lo anterior, en el artículo 18 se estableció que cada año se abriría un contingente arancelario de dos millones de toneladas pesos neto para las importaciones de plátano de terceros países y no tradicionales y que en el marco de dicho contingente tales importaciones se verían sometidas a un gravamen de 100 ecus por tonelada.

Conforme se deduce del Reglamento C.E., número 3224/94 de 21 de diciembre de 1994 “por el que (sic) se establecen medidas transitorias para la aplicación del Acuerdo Marco sobre el plátano celebrado dentro de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay”, emanado de la Comisión de las Comunidades Europeas (folio 88), estas comunidades buscan garantizar que la distribución de las cantidades de plátano se hagan según lo establecido en el marco de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay, por lo cual en su artículo 1° se asignó un contingente arancelario para Colombia de 21.0%.

Lo precedente pone en evidencia que las condiciones para el mercado de la exportación de banano a la Unión Europea son determinadas por el Consejo o la Comisión de las Comunidades Europeas. Y si las medidas que estos organismos adoptan tienen vocación de transitoriedad, pues, como ya se vio, están sujetas a la elaboración anual de un plan de previsiones de la producción y del consumo y de importación y exportación, que puede ser revisado cuando circunstancias excepcionales afecten tales aspectos, con efectos variables en algunos casos trimestralmente, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones del último Reglamento C.E., 3224/94 citado (folio 88), y del artículo 2 del Reglamento (C.E.) número 704/95 (folio 94 vuelto), ello necesariamente obliga a los países exportadores a adoptar también medidas del mismo

## SECCION PRIMERA

carácter, a fin de conjurar la crisis que en un momento dado afecte la economía nacional, lo cual lejos de violar lo dispuesto en el artículo 2º, numeral 8 de la Ley 7ª de 1991, que prevé que el Gobierno Nacional al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país debe someterse, entre otros principios, al de “adoptar, sólo transitoriamente, mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país”, está en armonía con este precepto legal.

En consecuencia, el primer cargo de violación no está llamado a prosperar.

Ahora bien, en lo que atañe a la violación de los artículos 2º numerales 1, 4, 5 y 8 de la Ley 7ª de 1991, 13, 121, 150 numeral 19 literal b), 189 numeral 25, 226 y 333 de la Constitución Política, a que aluden las restantes censuras del libelo demandatorio, porque, a juicio de las actoras, la manera como se distribuyó el cupo de las exportaciones transgrede los principios de equidad, competitividad, libre competencia e igualdad, cabe tener en cuenta que tampoco están llamadas a prosperar, por las siguientes razones:

Del texto del acto administrativo acusado se advierte que el Gobierno Nacional tomó como base para la distribución del cupo de exportación de banano a la Comunidad Europea un período representativo del comportamiento de las exportaciones a dicha Comunidad.

Tal factor, según se infiere del contenido del citado Reglamento C.E.E., número 404/93 y del literal d) del numeral 2 del artículo XIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, celebrado en Ginebra el 28 de noviembre de 1979, aprobado por la Ley 49 de 14 de mayo de 1981, es el comúnmente utilizado en tratándose del comercio internacional.

En efecto, una de las bases para elaborar el plan de previsiones de la producción y del consumo y de las importaciones y exportaciones de la Comunidad Europea, de conformidad con el artículo 16 del referido Reglamento, la constituyen los datos de que se dispongan con relación a las cantidades de plátano que hayan sido comercializados en la Comunidad durante el año anterior. Y, conforme al literal d) del numeral 2 del artículo XIII del citado acuerdo, aplicable también a las exportaciones, por mandato del numeral 5 *ibidem*, en el reparto de un contingente se asignarán a las partes contratantes “...partes proporcionales a la contribución aportada por ellas al volumen o valor total de las importaciones del producto indicado durante un período de referencia anterior, teniendo debidamente en cuenta todos los factores especiales que puedan o hayan podido influir en el comercio de ese producto...”.

Estima la Sala que la eficiencia, la calidad del producto, el precio y la capacidad o disponibilidad de exportación son elementos ínsitos de la actividad exportadora y no pueden afirmarse, ya que no existen elementos de juicio en el proceso que así lo demuestren, que tales elementos no tuvieron cabida en la distribución de cupos a que se contrae el acto acusado.

Cabe agregar, en cuanto al principio de igualdad, que, como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-527 de 18 de noviembre de 1994 y la Sala lo ha prohiado en diversas providencias, entre ellas, en sentencia de 12 de febrero de 1995 (Expediente número 3220, actora: Adriana Polidura Castillo, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), y ahora lo reitera, "...un trato diferente no implica automáticamente una violación de dicho principio, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos, y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución del referido objetivo..."

En este caso el objetivo constitucional legítimo se encuentra sustentado en los artículos 150 numeral 19 literal b) y 189 numeral 25, que tienen desarrollo en la Ley 7ª de 1991, la cual en artículo 2º numeral 8 facultó al Gobierno Nacional para adoptar transitoriamente mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país, y se halla reflejado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, aprobado por la Ley 49 de 1981, a los cuales, como ya se dijo, se ajustó el acto administrativo acusado.

Las consideraciones precedentes conducen a la Sala a denegar las súplicas de la demanda, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive 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:**

DENIEGASE las pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE a las actoras la suma depositada para gastos del proceso, por no haber sido utilizada.

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

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez y Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Menciona la sentencia del 18 de noviembre de 1994 de la Corte Constitucional sobre el principio de igualdad y la sentencia del 12 de febrero de 1995, expediente 3220; actora Adriana Polidura Castillo, Consejero Ponente doctor, Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

**EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE SANTA FE DE BOGOTA -  
Naturaleza jurídica / ESTABLECIMIENTO PUBLICO / REPRODUCCION  
DE ACTO SUSPENDIDO - Inexistencia / DECAIMIENTO DEL ACTO /  
SUSTRACCION DE MATERIA**

Cuando se expidió el acto acusado, el 28 de octubre de 1994, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, ostentaba la calidad de empresa industrial y comercial del orden distrital, dado que aún no se encontraba en firme o ejecutoriado el proveído de esta sección de 14 de abril de 1994, que decretó la suspensión provisional de los efectos del referido Decreto 480. No puede afirmarse categóricamente, como lo hace el recurrente, que a través del acto cuestionado se varió la naturaleza jurídica de la citada empresa, ni tampoco que con él se reprodujo un acto suspendido pues, como ya se dijo, la ejecutoria del proveído que sí lo dispuso se produjo solo a partir del 7 de marzo de 1995, fecha esta en la cual se decretó la improsperidad del recurso extraordinario de súplica y que es posterior a la del acto que es objeto de análisis por la Sala. Lo que sí operó frente a la resolución enjuiciada, en virtud de la citada providencia de 7 de marzo de 1995, fue el decaimiento de la misma, por haber desaparecido uno de los fundamentos de derecho que servían de soporte para su expedición, es decir, que desde esa fecha y por ministerio de la ley tal acto no estaba llamado a producir efectos en cuanto a los aspectos que dependen de la naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Distrito de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá. Siendo ello así, por sustracción de materia no procede la medida precautoria pues resulta inocuo suspender provisionalmente los efectos de un acto, que por ministerio del artículo 66 del C.C.A., no están llamados a producirse.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3677.

Referencia: Expediente número 3677.

Recurso de apelación contra el auto de 23 de noviembre de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actor: Personero de Santa Fe de Bogotá, D. C.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra el proveído de 23 de noviembre de 1995, proferido por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en cuanto en su punto 2° denegó la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo acusado.

### I. ANTECEDENTES:

I.1 El señor Personero de Santa Fe de Bogotá, D. C., en ejercicio de la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener la nulidad, previa suspensión provisional, de la Resolución número 380 de 28 de octubre de 1994 “por medio de la cual se aprueban los Estatutos de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, E.S.P.”, expedida por la Junta Directiva de la citada empresa.

I.2 En el mismo escrito de la demanda, en acápite especial, el actor solicita la medida precautoria, aduciendo, en esencia, los siguientes cargos de violación (folios 15 a 27 del cuaderno no. 1):

1°. La resolución acusada, al cambiar la naturaleza jurídica de la telefónica de establecimiento público a empresa industrial y comercial del orden distrital, viola flagrantemente los artículos 12 ordinal 9° y 55 del Decreto 1421 de 1993, porque solamente el Concejo Distrital de Santa Fe de Bogotá, D. C., tiene la facultad legal para ello.

Determinar cuándo cobra vida, se transforma o se extingue un ente es ni más ni menos que tener la capacidad de definirle su naturaleza.

2°. En este caso se ha reproducido un acto suspendido ya que el Decreto 480 de 1993, expedido por el Alcalde Mayor, en el cual se varió la naturaleza jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá convirtiéndola en una empresa industrial y comercial del Distrito fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado en proveído de 14 de abril de 1994, con ponencia del señor Consejero, doctor Miguel González Rodríguez.

Se pensará que por no haber sido directamente el Alcalde Mayor quien produjo el nuevo acto no puede aplicarse el artículo 158 del C.C.A. Pero, debe entenderse que quien está actuando en esta oportunidad es la Administración del Distrito Capital

### II. FUNDAMENTOS DE LA PROVIDENCIA APELADA:

Para denegar la medida precautoria impetrada consideró el *a quo* (folios 80 a 83 *ibidem*), en síntesis, que no se encuentra suficientemente demostrado que efectiva-

## **SECCION PRIMERA**

mente mediante la resolución impugnada se le hubiese cambiado la naturaleza jurídica a la Empresa de Telecomunicaciones, como quiera que ello no se deduce del texto de la misma ni del contenido del acta de la sesión de la Junta Directiva, y no obra prueba en el expediente acerca de la naturaleza jurídica de la entidad antes de la expedición de aquélla.

En cuanto al artículo 158 del C.C.A., cabe observar que esta norma exige que la expedición del nuevo acto se haya producido por la misma autoridad o corporación que expidió el suspendido, lo cual no sucede en este caso.

### **III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

El recurrente aduce como motivos de conformidad con la providencia impugnada principalmente los siguientes (folios 85 a 93 *ibidem*):

1°. De la lectura del acta correspondiente a la sesión del 28 de octubre de 1994 de la Junta Directiva de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, D.C., distinguida con el número 676, se deduce que uno de los tópicos de mayor importancia para quienes asistieron a la reunión fue precisamente la variación de la naturaleza jurídica de la entidad.

El decreto que dio vida a la Empresa de Telecomunicaciones no es la única forma de probar que se ha variado la naturaleza jurídica de la misma.

2°. El Alcalde expidió un decreto que fue suspendido provisionalmente. Dicho funcionario forma parte de la Junta Directiva de la entidad. Luego, la teoría de la reproducción del acto tiene cabal aplicabilidad puesto que es de conocimiento del Alcalde mayor que un acto suyo se encuentra suspendido provisionalmente.

El Alcalde es el Jefe de la Administración Distrital y quien actúa mediante la toma de decisiones por parte de la Junta Directiva de la empresa. Es la administración y por ende su jefe, es quien está poniendo de manifiesto su voluntad administrativa.

### **IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

El proveído recurrido debe confirmarse, pero por las siguientes razones:

Como se acredita con las copias de la providencias de esta sección que acompañó el actor con el libelo demandatorio, el Decreto número 480 de 27 de agosto de 1993, expedido por la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá, D.C., fue el que varió la naturaleza jurídica de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá, acto este que fue suspendido provisionalmente, en proveído de 14 de abril de 1994, por ser tal función de competencia del Concejo Distrital, por mandato de los artículos 12 ordinal 9° y 55 del Decreto 1421 de 1993.

Sin embargo, contra dicho proveído se interpuso el recurso extraordinario de súplica, el cual sólo fue resuelto el 7 de marzo de 1995, disponiendo la improperidad

de dicho recurso, es decir, que sólo con posterioridad a esta fecha quedó ejecutoriada la providencia de 14 de abril de 1994.

Significa lo precedente que cuando se expidió el acto acusado, el 28 de octubre de 1994, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá ostentaba la calidad de empresa industrial y comercial del orden Distrital, dado que aún no se encontraba en firme o ejecutoriado el proveído de esta sección de 14 de abril de 1994, que decretó la suspensión provisional de los efectos del referido Decreto 480.

Por lo mismo, no puede afirmarse categóricamente, como lo hace el recurrente, que a través del acto cuestionado se varió la naturaleza jurídica de la citada empresa, ni tampoco que con él se reprodujo un acto suspendido pues, como ya se dijo, la ejecutoria del proveído que así lo dispuso se produjo sólo a partir del 7 de marzo de 1995, fecha esta en la cual se decretó la improsperidad del recurso extraordinario de súplica y que es posterior a la del acto que es objeto de análisis por la Sala.

Lo que sí operó frente a la resolución enjuiciada, en virtud de la citada providencia de 7 de marzo de 1995, fue el decaimiento de la misma, por haber desaparecido uno de los fundamentos de derecho que servían de soporte para su expedición, es decir, que desde esas fecha y por ministerio de la ley tal acto no estaba llamado a producir efectos en cuanto a los aspectos que dependen de la naturaleza jurídica de empresa industrial y comercial del Distrito de la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Fe de Bogotá.

Siendo ello así, por sustracción de materia no procede la medida precautoria pues resulta inocuo suspender provisionalmente los efectos de un acto, que por ministerio del artículo 66 del C.C.A., no están llamados a producirse.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

#### **RESUELVE:**

CONFIRMASE el numeral 2° de la parte resolutive del proveído recurrido.

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 7 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa*, *Libardo Rodríguez Rodríguez* y *Manuel S. Urueta Ayola*.

**COSA JUZGADA – Inexistencia / COSA JUZGADA – Naturaleza / INEPTA  
DEMANDA – Inexistencia / REQUISITOS FORMALES / HECHOS**

La causa en los proyectos ya decididos por el Consejo de Estado son diferentes, esto es, que cada uno de los demandantes ha enfocado su acción de manera distinta, considerando aspectos diversos de las normas demandadas así como de las normas que se consideran violadas. Distinto sería el caso si la nulidad de las normas demandadas hubiera sido declarada. Para la sala ha sido clara la exposición de los hechos y de los conceptos sobre violación de algunas normas constitucionales. La misma situación de poderse contestar la demanda y propender las excepciones por parte del apoderado del Distrito Capital está demostrando de manera evidente que los pretendidos argumentos del excepcionante carecen de validez.

**DISTRITO CAPITAL -Régimen Jurídico Aplicable / ALCALDE MAYOR –  
Funciones / LEGISLACION MUNICIPAL – Aplicación Residual al Distrito  
Capital / VEEDURIA DISTRITAL**

Las normas aplicables al Distrito Capital “serán las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, la contenidas en el Título XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial”. Las normas constitucionales y legales para los municipios de carácter complementario con relación al Distrito Capital sino un carácter meramente supletorio. La aplicación al Distrito Capital de las normas de los municipios es supletiva y por tanto las facultades atribuidas a los concejos municipales por el art. 313, numeral 6 de la Constitución, sólo puede aplicarse al Distrito Capital atendiendo el orden jerárquico consagrado en el art. 322 de la misma Constitución. En materia de facultades del concejo y del alcalde, a falta de la norma constitucional 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 las anteriores, 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., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*.

Radicación número 3374

Referencia: Decretos del Gobierno

Actor: Carlos Mario Isaza Serrano y Otro.

Los ciudadanos Carlos Mario Isaza Serrano y Alberto Penagos Salinas obrando en su propio nombre y en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 237 numeral 2 de la Constitución Política, solicitan a esta Corporación la declaratoria de nulidad de los artículos 2º (parte final), 118, 119, 120, 121, 122, 123 y 124 del Decreto número 1421 de 1993, “por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá”, expedido por el Gobierno Nacional.

### FUNDAMENTOS DE HECHO

El artículo 41 transitorio de la Constitución, facultó al Gobierno para que expidiera el régimen especial para el Distrito Capital, en caso de que el Congreso no lo hiciera dentro de los dos años siguientes a la promulgación de la Constitución.

El Congreso dentro del plazo señalado por la Constitución no expidió la ley sobre el régimen especial del Distrito Capital y en consecuencia lo hizo el Gobierno Nacional mediante el Decreto número 1421 del 21 de julio de 1993.

### DISPOSICIONES VIOLADAS

#### CONCEPTO DE LA VIOLACION

La parte actora considera que las normas demandadas infringen los artículos 121, 313 numerales 3 y 6 , 315 numeral 7 y 322 inciso segundo de la Constitución Política. Los textos de estas disposiciones y los conceptos de su violación son los siguientes:

1º. “Artículo 322, inciso 2 de la Constitución Política:

“Su régimen político, fiscal y administrativo (de Santa Fe de Bogotá) será el que determinen la Constitución, las leyes especiales que para el mismo se dicten y las disposiciones vigentes para los municipios” (paréntesis fuera del texto).

Esta norma es violada por la parte final del artículo 2º del Decreto 1421 de 1993, que dice:

“Artículo 2º. **Régimen aplicable.** El Distrito Capital como entidad territorial está sujeto al régimen político, administrativo y fiscal que para él establece expresamente la Constitución, el presente estatuto y las leyes especiales que para su organización y funcionamiento se dicten. En ausencia de las normas anteriores, se somete a las disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios”. (Subrayas fuera del texto).

## SECCION PRIMERA

Aduce la parte actora que el Capítulo 3 del Título XI de la Carta consagra precisamente lo relacionado con el régimen municipal, “un completo articulado que regula los rudimentos básicos de organización y funcionamiento de los municipios como entidades fundamentales de la división político-administrativa del Estado Colombiano”.

Agrega que estas normas no pueden ser aplicadas al Distrito de manera supletoria como lo pretende la norma acusada, sino que su carácter es el de normatividad complementaria a la de los preceptos constitucionales y legales que se dicten al efecto.

Sostiene que las normas sobre municipios son de carácter constitucional y por tanto la ley no puede disponer sobre su aplicación. Estas normas tratan aspectos que los artículos 322 y siguientes no tocan y a continuación da ejemplo de algunos de estos aspectos. Complementa su exposición con apartes de jurisprudencia de la Corte Suprema sobre aplicación de normas municipales al Distrito Especial en el régimen del Decreto 3133 de 1968 (estatuto anterior de Bogotá).

2°. “Artículo 121 de la Constitución Política:

“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”.

Artículo 313 de la Constitución Política:

“Corresponde a los concejos:

“...

“6. Determinar la estructura de la administración municipal y las funciones de sus dependencias; las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleos; crear, a iniciativa del alcalde, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales y autorizar la constitución de sociedades de economía mixta”.

Según la demanda, estas normas son violadas por los artículos 118, 119 y 120 del Decreto 1421 de 1993 (creación de la veeduría, funciones de la misma y principios para la investigación).

Se arguye que siendo potestativo del Concejo, de acuerdo con la norma constitucional, determinar la estructura de la administración municipal no le correspondía al legislador (extraordinario) sustituir al Consejo en una de sus funciones, vale decir, que hubo una usurpación de éstas, al crear una dependencia llamada Veeduría y asignarle funciones generales, principios y reglas procedimentales para que cumpla su cometido.

3°. “Artículo 121 de la Constitución Política (ya transcrito)

“Artículo 315 de la Constitución Política. Son atribuciones del alcalde:

“...

“7. Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes. No podrá crear obligaciones que excedan el monto global fijado para gastos de personal en el presupuesto inicialmente aprobado”.

De acuerdo con la sustentación de la demanda, estas dos disposiciones constitucionales son violadas por el artículo 121 del Decreto 1421 de 1993 dado que las facultades constitucionales atribuidas a los alcaldes municipales se predicán también del Alcalde Mayor de Santa Fe de Bogotá, caso en el cual es a éste a quien le corresponde en el caso de la creación de la Veeduría, señalar las funciones de tal empleado y no al legislador (extraordinario en este caso); el ejercicio de la función del numeral 7 no es para ejercerla de manera compartida con el legislador.

Ejerció pues, el legislador extraordinario una función que no le correspondía, usurpando una función atribuida al alcalde distrital.

Las normas de los artículos 122, 123 y 124 del Decreto 1421 de 1993 complementan el tema de la Veeduría y por la unidad de la materia, declarados nulos los artículos 118, 119 y 120 del decreto, aquéllos como consecuencia lo serán.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá por intermedio de apoderado, como entidad interesada en las resultados del proceso, se oponen a las pretensiones por ser infundadas y carentes de soporte legal o doctrinario alguno y por existir ya un pronunciamiento jurisdiccional sobre la legalidad de los actos demandados.

Acude el apoderado a jurisprudencia de esta Corporación para sostener que en relación con el primer cargo el Consejo afirmó que al Distrito Capital se le aplican las normas constitucionales o legales de los municipios, en ausencia de disposiciones especiales.

En relación con el segundo cargo (veeduría) manifiesta que el Consejo de Estado ya se ha pronunciado en el sentido de que no siendo aplicable al Distrito el régimen general de los municipios, tienen aplicación preferente las leyes especiales como es el caso del Decreto 1421 de 1993.

Propone el apoderado del Distrito las excepciones de cosa juzgada e ineptitud de la demanda por carecer de los requisitos formales.

La primera la hace consistir en que en varias sentencias, esta Corporación se ha pronunciado sobre las normas demandadas, y la segunda en que la parte actora no dio cumplimiento al artículo 75, numeral 6 del C.P.C., en el sentido de que los hechos no fueron debidamente determinados, clasificados y numerados y por tanto se genera un vicio que hace imposible una sentencia congruente.

El Ministerio Público no hizo uso del término para alegar.

## SECCION PRIMERA

### CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Solicita la parte actora que se decrete la nulidad de la parte final del artículo 2 y los artículos 118 a 124 del Decreto 1421 de 1993 que contiene el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, expedido por el Gobierno Nacional en uso de las facultades conferidas por el artículo transitorio 41 de la Constitución Política.

La primera norma citada contiene el mandato de que al Distrito Capital se aplicarán las normas constitucionales y legales vigentes para los municipios, en ausencia de normas constitucionales, del estatuto contenido en el mismo Decreto 1421 de 1993 y de leyes especiales dictadas para el Distrito Capital.

Los artículos 118 a 124 conforman el Capítulo III del Título VII del decreto demandado y tratan sobre la creación de la veeduría distrital, sus funciones, los principios para la investigación, las atribuciones del veedor, la prelación de las decisiones de otras autoridades, la reserva legal y las calidades para ser veedor.

II. Se procede en primer lugar a la resolución de las excepciones propuestas por el apoderado del Distrito Capital, así:

**1. Cosa Juzgada.** Hace consistir esta excepción en el hecho de que las normas demandadas fueron objeto de pronunciamiento por parte de la jurisdicción contencioso administrativa y al efecto cita algunos procesos en los cuales el Consejo de Estado se pronunció sobre tales normas.

Dispone el artículo 175 del C. C. A., en sus dos primeros incisos:

“La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo tendrá fuerza de cosa juzgada *“erga omnes”*”.

“La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *“erga omnes”* pero sólo en relación con la *“causa petendi”* juzgada”.

Ha dicho el Consejo de Estado:

“...; pero cuando la decisión judicial es negativa para la pretensión propuesta, el fenómeno de la cosa juzgada se restringe exclusivamente a las causales de nulidad alegadas y al contenido del *petitum* que no prosperó, porque aun cuando la norma en principio ha quedado vigente por haberse negado la nulidad, es susceptible de ser demandada por otras causas con diferente *petitum* y dejar de regir para ese efecto” (Sentencia de junio 18 de 1984. Expediente 5985. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. C.P. Bernardo Ortiz A.).

Además expresó, en auto del 16 de noviembre de 1984, proferido dentro del expediente 10063, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Consejero Ponente, doctor Víctor Corredor, lo siguiente:

“Por objeto del litigio se entiende la pretensión y por causa la razón de pedir, determinada por las normas invocadas y los conceptos de violación que constituyen requisitos indispensables de la demanda, en cuanto circunscriben el poder del juzgador a considerar y analizar los cargos formulados contra el acto acusado”.

Aplicando los criterios que se acaban de exponer, los cuales desarrollan lo dispuesto en el artículo 175 del C. C. A., se tiene que la causa en los procesos ya decididos por el Consejo de Estado son diferentes, esto es, que cada uno de los demandantes ha enfocado su acción de manera distinta, considerando aspectos diversos de las normas demandadas así como de las normas que se consideran violadas. Distinto sería el caso si la nulidad de las normas demandadas hubiera sido declarada.

Por lo anterior, la primera excepción propuesta no prospera.

## **2. Ineptitud de la demanda por carecer de requisitos formales.**

Afirma el apoderado del Distrito que la exigencia del artículo 75 numeral 6 del Código de Procedimiento Civil de que los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones deben estar debidamente determinados, clasificados y numerados, no se cumplió en el libelo, lo que hará imposible la expedición de una sentencia congruente.

Para la Sala ha sido clara la exposición de los hechos y de los conceptos sobre violación de algunas normas constitucionales. La misma situación de poderse contestar la demanda y proponer las excepciones por parte del apoderado del Distrito Capital está demostrando de manera evidente que los pretendidos argumentos del excepcionante carecen de validez.

No hay lugar entonces, a la prosperidad de esta excepción.

III. Decididas las excepciones se entra a resolver de fondo sobre lo demandado.

1. La primera norma demandada es la parte final del artículo 2° del Decreto 1421 de 1993 que dispone que el Distrito Capital “En ausencia de las normas anteriores, se somete a disposiciones constitucionales y legales vigentes para los municipios”.

La Sala ha interpretado esta norma en armonía con el artículo 322 de la Constitución Política, habiendo concluido que en ambas disposiciones se alude a que las normas aplicables al Distrito Capital “Serán las que expresamente señale la Constitución para el mismo, esto es, las contenidas en el Título XI, Capítulo 4, artículos 322 a 327, que tratan de su régimen especial. Así mismo ambos preceptos se refieren en segundo lugar a las leyes especiales que se dicten para el Distrito Capital en cuestión, pues al hablarse en el artículo 2° del Decreto 1421 de 1993 del “presente estatuto”, es evidente que éste corresponde a las “leyes especiales que para el mismo se dicten” de que trata el artículo 322 de la Carta. Por último, ambas normas se remiten, en ausencia de disposiciones especiales constitucionales o legales para la ciudad de Santa Fe de Bogotá, a las disposiciones vigentes para los municipios, sean estas constitucionales o legales”.

## SECCION PRIMERA

“...ya que es la misma Constitución la que le otorga prevalencia a las normas especiales que se dicten para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, sobre las normas aplicables a los municipios, se repite, sean constitucionales o legales”. (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Expediente 2589, Consejero Ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, sentencia de 3 de febrero de 1995).

No tienen, pues, las normas constitucionales y legales para los municipios un carácter complementario con relación al Distrito Capital sino un carácter meramente supletorio.

No prospera, entonces, el primer cargo.

2. Considera la parte actora que los artículos 118, 119 y 120 del Decreto 1421 de 1993 violan las normas constitucionales contenidas en los artículos 121 y 313, numeral 6.

Básicamente las normas demandadas (arts. 118, 119 y 120) aluden a la creación de la veeduría distrital, sus funciones y los principios para la investigación a que debe sujetarse dicho organismo. Se afirma que el Decreto 1421 de 1993 al crear la veeduría, viola los artículos constitucionales antes citados, ya que la determinación de la estructura de la administración municipal corresponde al Concejo y no al legislador (extraordinario, en este caso) y por tanto hubo un ejercicio de funciones que no le corresponde al Ejecutivo de acuerdo con las facultades otorgadas.

Como ya se expresó, la aplicación al Distrito Capital de las normas de los municipios es supletiva y por tanto las facultades atribuidas a los concejos municipales por el artículo 313, numeral 6 de la Constitución, sólo puede aplicarse al Distrito Capital atendiendo el orden jerárquico consagrado en el artículo 322 de la misma Constitución.

“Al disponer el inciso 2 del citado artículo 322 que el régimen político, fiscal, y administrativo del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá “...será 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 vigentes para los municipios sólo serán aplicables en el Distrito Capital en la medida en que el legislador ordinario o extraordinario no regulen de manera particular determinadas materias, lo cual no ocurrió, 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 es especial, contenido en el decreto acusado”.

El anterior fue el planteamiento de esta Sala en la sentencia del 14 de julio de 1995, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, dentro de los procesos acumulados 2680 y 3051, criterio que se acomoda perfectamente al punto debatido y que lleva a concluir que el cargo propuesto no prospera.

3. La tercera norma demandada es el artículo 121 del Decreto 1421 de 1993, pues se considera que viola los artículos 121 y 315, numeral 7 de la Constitución Política. El último de los artículos citados contiene la atribución del alcalde municipal para crear, suprimir o fusionar los empleos de sus dependencias, señalarles funciones especiales y fijar sus emolumentos con arreglo a los acuerdos correspondientes.

Son válidos en este caso los mismos argumentos que se expusieron en el punto 2 anterior para desechar la acusación contra los artículos 118, 119 y 120 del mismo decreto, al afirmar que viola el artículo 121 la facultad del alcalde contenida en el artículo 313, numeral 7. Vale decir, en materia de facultades del concejo y del alcalde, a falta de norma constitucional, 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 las anteriores, las normas constitucionales y legales aplicables a los municipios.

Habiendo pues, una regulación especial para determinada materia en el régimen especial del Distrito Capital no hay porqué recurrir a las normas del régimen municipal para atacar dicha regulación, ya que la misma es acorde con el orden jerárquico del artículo 322 de la Carta. En consecuencia, este cargo tampoco prospera.

4. Finalmente, respecto de las demás normas demandadas, esto es, los artículos 122, 123 y 124 del Decreto en cita, es claro que por tratarse de la misma materia contenida en el 121 antes analizado, los cargos correspondientes han de correr igual suerte que el de éste, por serles predicables las mismas consideraciones.

Tales normas se ocupan de aspectos propios de la Veeduría Distrital, en consonancia con el desarrollo normativo del Distrito Capital, esto es, el Decreto 1421 de 1993, que como norma especial puede regularlos con la preferencia que le es dada. Los cargos pues tampoco prosperan.

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. DECLARANSE NO PROBADAS las excepciones propuestas.

Segundo. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de marzo de 1996.

## SECCION PRIMERA

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente de la Sala; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera lo dicho en la providencia de 18 de junio de 1984; exp. 5985; Sección Cuarta, Consejero Ponente doctor Bernardo Ortiz A. en cuanto a la cosa juzgada.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración de las sentencias de 3 de febrero de 1995, Sección Primera, Exp. 2589; Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz y 14 de julio de 1995 Procesos Acumulados 2680 y 3051, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

## **PRESIDENTE DE LA REPUBLICA -FUNCIONES/ DEPOSITO DE MERCANCIA- Régimen Aplicable/ REGIMEN ADUANERO/ LEY MARCO**

El Gobierno Nacional ejerció la facultad a él otorgada en el artículo 189 numeral 25 de la Constitución Política, reglamentando, a través del Decreto 537 de 1995 acto de mandado, lo concerniente a la habilitación de depósitos de mercancías, materia que si bien es cierto no la tocan directamente las Leyes 6a. de 1971 y 7a. de 1991, por tratarse de leyes marco, también lo es que se encuentra enmarcada dentro del denominado genéricamente “régimen aduanero”, que comprende a las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías.

## **DEPOSITO ADUANERO / PERSONA JURIDICA – Patrimonio / REQUISITOS – Establecimiento / DERECHO A LA IGUALDAD**

El hecho de que se exija a la persona jurídica un patrimonio neto de mil o setecientos millones de pesos, según se trate de un depósito de carácter público o privado, no puede ser considerado como discriminatorio, pues dicha exigencia es para todas las personas jurídicas que pretendan habilitar un depósito, debiéndose confrontar la igualdad frente a quienes ejerzan la misma actividad. De otra parte, la finalidad de dicha exigencia es proteger y garantizar a los usuarios del servicio en cuestión, pues éstos confían a aquéllas las mercancías, lo cual justifica que tengan un respaldo sólido, sin que pueda decirse que con ello se está desconociendo el derecho al trabajo, pues es apenas lógico que cada actividad en particular, según la naturaleza de sus funciones, requiera en mayor o menor grado un respaldo patrimonial.

## **REQUISITOS – Establecimientos / LEY MARCO – Reglamentación / POTESTAD REGLAMENTARIA**

El establecimiento de requisitos generales debe mirarse no sólo frente a la ley, sino frente a los decretos reglamentarios de la misma, y con mayor razón si se tratan de decretos que reglamentan las leyes marco, cuya característica es desarrollar las normas generales contenidas en éstas, de tal manera que permitan hacer explícitos y específicos los objetivos y criterios en ellas determinados.

## SECCION PRIMERA

### ALMACENAMIENTO DE MERCANCIA / REGIMEN DE ADUANAS – Modificación

El Decreto 537 de 1995 tuvo como fundamento legal, entre otros, el artículo 189, numeral 25 de la Carta Política, se tiene que el Gobierno Nacional está autorizado por ésta para modificar los aspectos atinentes al régimen de aduanas, dentro del cual se encuentra incluida la actividad de almacenamiento de mercancías.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*

Radicación número 3394

Referencia: Autoridades Nacionales

Actor: Carlos Arturo Iregui Ramírez.

El Ciudadano Carlos Arturo Iregui Ramírez a través de apoderado 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 número 537 de 30 de marzo de 1995 “por el cual se establecen normas para la habilitación de depósitos y se dictan otras disposiciones”, expedido por el Gobierno Nacional.

### NORMAS INVOCADAS COMO VIOLADAS

#### CONCEPTO DE LA VIOLACION

Cita el actor como infringidos por el acto acusado, el Preámbulo y los artículos 13, 25, 84, 123, 150 numeral 19, literal c), 209 y 333 de la Constitución Política.

El concepto de la violación lo concreta en los siguientes cargos:

#### *Primer cargo:*

Violación del Preámbulo de la Constitución Política, por cuanto el acto acusado en nada contribuye a fortalecer la unidad nacional, pues es ampliamente discriminatorio.

#### *Segundo cargo:*

Violación del artículo 13 *ibidem* que consagra el derecho fundamental a la igualdad real y efectiva, ya que en el caso en debate se ha colocado a los pequeños depósitos aduaneros en evidente estado de indefensión frente a los detentadores del poder económico.

En efecto, para el adecuado funcionamiento de un depósito público aduanero se requieren, como máximo, trescientos millones de pesos (\$300.000.000.00), razón por la cual la suma contenida en el numeral 1 del artículo 4º, esto es, mil millones de pesos

(\$1.000.000.000.00) quebranta palmariamente la equidad económica, al dejar por fuera de esa actividad a las personas que no pueden cubrir esa imposición estatal.

Además, dicha exigencia económica, "narcotiza" esa sana actividad, pues dicha cifra sólo es accesible a elementos que se han colocado al margen de la ley.

***Tercer cargo:***

Violación del artículo 25 *ibidem* que consagra el derecho fundamental del trabajo, pues todos los funcionarios de los depósitos pequeños que no tienen acceso a los emporios financieros no podrán realizar esa actividad y se verán avocados a realizar otras, más ya no serán dignos ni justos pues el Estado mismo les quitó su protección constitucional.

***Cuarto cargo:***

Violación del artículo 84 *ibidem*, dado que la actividad que se dedica a servir de auxiliares en la rama aduanera ya había sido reglamentada mediante el Decreto 1909 de enero de 1992, ordenamiento que fue rigurosamente cumplido por el actor, quien ahora, con la expedición del acto demandado, se ve avocado al cumplimiento de unos nuevos requisitos que hacen absolutamente gravosa la nueva situación. La homologación a las nuevas exigencias es una nueva reglamentación que va en contravía de la norma comentada, pues ésta ya había sido regulada de manera general.

***Quinto cargo:***

Violación del artículo 123 *ibidem*, ya que los entes que firman el decreto cuestionado no tienen esa facultad, porque las leyes invocadas en el preámbulo de la norma demandada, es decir, las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991 (leyes cuadro), de ninguna manera se pueden utilizar para reglamentar la actividad de los depósitos aduaneros, pues ésta es una actividad muy concreta que comporta requisitos y condiciones operativas y, por el contrario, las premencionadas leyes están enderezadas a modificar, por razones de orden comercial, los aranceles y tarifas que norman esa vital actividad para la economía del país.

Dichas leyes en manera algunas tocan la actividad de los agentes que se dedican al mero almacenamiento de mercancías que ingresan al territorio colombiano, siendo saludable recordar que estos depósitos no agencian almacenadoras que otorgan bonos de prenda, ni prestan dinero para nacionalizar mercancías.

***Sexto cargo:***

Violación del artículo 150, numeral 19, literal c) *ibidem*, dado que el Ejecutivo invadió la órbita legislativa pues le corresponde al Congreso hacer las leyes que tocan o modifican la actividad del comercio exterior y las demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

Las diferentes ramas del poder público tienen funciones predeterminadas, razón por la cual, a la luz del precepto comentado, a quien le corresponde hacer las leyes también le compete organizar la actividad de los depósitos aduaneros.

## SECCION PRIMERA

### *Séptimo cargo:*

Aún aceptando que el Ejecutivo tenía la facultad para dictar el Decreto 537 de 1995, éste violó el artículo 209 *ibidem* que habla de la función administrativa, la cual debe desarrollarse conforme con los principios de igualdad e imparcialidad.

El acto demandado no otorga un tratamiento igualitario a los depósitos aduaneros que ya vienen funcionando y *contrario sensu*, somete a los más débiles económicamente al aplastante poderío económico.

### *Octavo cargo:*

Violación del artículo 333 *ibidem* por cuanto la iniciativa privada y la libre empresa sólo tienen límite en el bien común. El Decreto 537 de 1995 está cercenando la libre actividad de los pequeños depósitos aduaneros, pues al no ser detentadores del poder económico, su actividad económica y su iniciativa privada se ven relegadas, por cuanto se les exige, entre otras, la astronómica suma de mil millones de pesos (\$1.000.000.000.00).

## II. ACTUACION

Mediante proveído del 28 de julio de 1995 se admitió la demanda, radicada bajo el número 3394.

Del auto admisorio de la demanda se notificó a la Nación - Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Comercio Exterior.

La apoderada de la Nación - Ministerio de Comercio Exterior al contestar la demanda (Fls. 130 y 131) manifiesta que en oposición a los cargos formulados por el demandante y a la acción propuesta, invoca como excepción el hecho de la derogatoria expresa del acto demandado, por parte del Decreto 1285 del 28 de julio de 1995.

La Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales al contestar la demanda a través de apoderado, (Fls. 65 a 73) solicita se profiera fallo inhibitorio en razón a que el acto acusado fue derogado expresamente por el artículo 18 del Decreto 1285 de 1995.

Como argumentos de fondo expone este último los siguientes:

1. De conformidad con los artículos 150, numeral 19, literal c) y 189 numeral 25 de la Carta Fundamental, y la Ley 6ª de 1971, son claros los límites constitucionales que existen entre la rama Ejecutiva y la Legislativa del Poder Público para regular aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas. De una parte se le reconoce al Congreso la facultad de expedir normas generales que contenga los principios y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno al proferir normas que modifiquen aranceles, tarifas y demás disposiciones del régimen de aduanas y, de otra parte, se reconoce como facultad del Presidente el expedir normas en materia aduanera que desarrollen dichas leyes.

Tratándose del comercio exterior y por ende de la materia aduanera, las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991 constituyen las leyes marco con sujeción a las cuales el Presidente puede expedir los decretos que pretendan modificar el régimen de aduanas vigente.

Antes de la reforma constitucional de 1968 en materia de almacenamiento de mercancías el legislador consideró que dicha actividad debía ser regulada por la Ley Orgánica de Aduanas por cuanto la naturaleza de las mercancías que se autorizaban consignar en los almacenes generales de depósito eran de procedencia extranjera y aún se encontraban en proceso de nacionalización.

A partir de la reforma constitucional de 1968 el constituyente decidió reservar al legislador la competencia para regular, entre otros, el crédito público, el cambio internacional, modificar los aranceles, tarifas y demás normas concernientes al régimen de aduanas, dejándole al Gobierno la necesaria flexibilidad para disponer en cada caso y siempre que las circunstancias lo considerasen aconsejable.

En desarrollo de la Ley 6ª de 1971 o Ley Marco de Aduanas, se expidieron algunos decretos de los cuales se destaca el 2666 de 1984, por medio del cual se revisó parcialmente la legislación aduanera. Este decreto definió en su artículo primero los regímenes aduaneros "...como las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías", definición que se encuentra ajustada a lo que el legislador de 1931 consideró como "materia aduanera".

La Sección III de este decreto estableció requisitos y condiciones para la habilitación de depósitos, determinando la responsabilidad que se deriva de dicho almacenamiento, así como el régimen de sanciones a que estaban sometidas.

Dado que el Decreto 1902 de 1992 derogó las normas que le fueran contrarias, algunos intérpretes consideraron que la definición sobre regímenes aduaneros igualmente había sido derogada y que por lo tanto dicho concepto, referido a las facultades concretas del Gobierno, había quedado más limitado.

Sobre el particular, se pronunció el Consejo de Estado en sentencia de 12 de mayo de 1994, Consejero Ponente: doctor Ernesto Ariza Muñoz, expediente número 2646, quedando demostrado que la regulación de las operaciones de depósito y almacenamiento de las mercancías importadas hace parte del régimen de aduanas y concluyéndose que bien podría el Gobierno, en desarrollo de las leyes marco de comercio exterior, expedir el decreto demandado, sin que sea dable aceptar que se hayan invalidado las competencias del legislador.

2. Frente a la violación del artículo 84 de la Carta Política debe decirse que el mismo impone la prohibición de exigir requisitos adicionales a los que la reglamentación general de la actividad disponga, pero en ningún momento prohíbe al organismo encargado de formular dicha reglamentación (Congreso o Gobierno, según el caso) que la modifique o derogue.

## SECCION PRIMERA

Como quedó establecido, el Gobierno es el competente para regular la actividad de almacenamiento y depósito de mercancías en proceso de nacionalización. En ejercicio de dicha facultad expidió el Decreto 1909 de 1992 que estableció unos requisitos generales para que los depósitos adquieran la calidad de habilitados, lo que no obsta para que el Gobierno pueda modificarlos.

Cuando se entregó la competencia normativa al Gobierno, se adujo como fundamento para ello que la naturaleza constantemente cambiante y técnica de la actividad aduanera requería de la expedición oportuna de normas. Lo anterior es aplicable a la habilitación de depósitos, por cuanto sólo en el desarrollo de esta actividad se pueden detectar las irregularidades y adoptar los correctivos necesarios.

El Ejecutivo al expedir el decreto demandado está cumpliendo con la obligación de proteger y garantizar, dentro de los límites del bien común, los derechos de los administradores como usuarios del servicio de depósito aduanero, tal y como lo ordena el artículo 2° de la Constitución Política.

3. No se puede aceptar la pretendida violación al principio de igualdad, por cuanto la norma no establece ningún tipo de discriminación. Tan sólo establece una serie de requisitos para ejercer una actividad de interés público, los cuales si son satisfechos por cualquier particular, le otorgan a éste el derecho de desarrollarla.

4. Tampoco se puede hablar de violación del derecho al trabajo, ya que las normas demandadas, antes que prohibir el desarrollo de una actividad, están garantizando que la misma, que es de interés público, se desenvuelva dentro de los criterios de eficiencia y eficacia.

5. No es procedente el argumento de que se está restringiendo la libertad económica y la iniciativa privada, puesto que nada impide que cualquiera que desee dedicarse a la actividad de almacenamiento de mercancía lo haga, siempre que cumpla con los requisitos mínimos exigidos por el Gobierno, con el fin de garantizar tanto a los importadores como a la Nación colombiana la protección de sus derechos, frente a los riesgos que tal actividad entraña.

### III. INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, en su vista de fondo manifiesta que la Ley 6a. de 1971 o Ley Marco de Aduanas consagra las normas generales a las cuales debe sujetarse el Gobierno para modificar, entre otras, las disposiciones concernientes al régimen de aduanas.

A su turno, el Decreto 2666 de 1984 preceptúa que son regímenes aduaneros las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, cuestión sobre la que se pronunció el Consejo de Estado mediante sentencia de 12 de mayo de 1994, expediente número 2646, con ponencia del doctor Ernesto Ariza Muñoz.

En consecuencia, el Ejecutivo no desbordó sus facultades al expedir el decreto acusado, amparado en los artículos 150, numeral 19, literal c), 189 numeral 25 de la Constitución Política y 3° de la Ley 6a de 1971.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia T-441 de la Corte Constitucional, se concluye que los artículos 13, 25 y 333 de la Carta Política en efecto fueron desconocidos por el acto acusado, ya que al Gobierno no le es dable establecer discriminaciones, exigiendo unos requisitos que quiebran el equilibrio y sólo permiten participar de una actividad económica a quienes integran una persona jurídica, con un patrimonio superior a los setecientos millones de pesos.

Por lo anterior, considera que deben prosperar las pretensiones del actor.

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1°. En primer término la Sala se pronunciará sobre la excepción propuesta por los apoderados de la Nación - Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Comercio Exterior, en cuanto solicitan se pronuncie fallo inhibitorio por haber sido derogado expresamente el Decreto 537 de 1995 por el Decreto 1285 del mismo año.

Al respecto observa la Sala que la excepción en cuestión no es de recibo y por tanto se declarará no probada, pues a partir de la sentencia de 14 de enero de 1991, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente doctor Carlos Gustavo Arrieta Padilla, expediente número S-157, actor Roberto Bruce Raisbeck, se concluyó que aún cuando un acto administrativo de carácter general haya sido derogado deberá haber un pronunciamiento de fondo "...pues solamente así se logra el propósito último del otrora llamado contencioso popular de anulación, cual es el imperio del orden jurídico y el restablecimiento de la legalidad posiblemente afectada por la norma acusada, imperio y legalidad que no se recobran por la derogatoria de la norma violadora, sino por el pronunciamiento definitivo del juez administrativo. Y mientras tal pronunciamiento no se produzca, tal norma, aún derogada, conserva y proyecta la presunción de legalidad que la ampara, alcanzando en su efecto a aquellos actos de contenido particular que hubiesen sido expedidos durante su vigencia."

2. Procede entonces esta Corporación al análisis de fondo del asunto planteado en la presente controversia, previa constatación de que el Decreto 537 de 1995 que aquí se demanda se refiere en su articulado a la habilitación de depósitos; a sus modalidades (públicos y privados); a los criterios generales para su habilitación; a los requisitos de la misma; a la conexión de los depósitos habilitados y del usuario operador de las zonas francas de bienes y de servicios al sistema informático aduanero; a la habilitación de depósitos en puertos de servicio público o privado y en muelles de servicio privado; a los costos de conexión, de comunicación y de transmisión de datos al sistema informático de la DIAN; a la homologación; a la habilitación de depósitos transitorios; al régimen sancionatorio; a las excepciones; y a su vigencia y derogatorias.

## SECCION PRIMERA

2.1. El primer cargo lo hace consistir el demandante en la violación al preámbulo de la Constitución Política, pues según su parecer, el acto demandado no contribuye a fortalecer la unidad nacional.

El anterior cargo no tiene vocación de prosperidad, dado que del contenido del Decreto 537 de 1995 no se desprende que el mismo vaya en contra del fortalecimiento de la unidad nacional, ni que sea discriminatorio como lo afirma la parte actora.

2.2. Frente al segundo y tercer cargos, esto es, violación a los derechos de igualdad y trabajo que consagran, respectivamente, los artículos 13 y 25 de la Carta Política, observa la Sala que el hecho de que se exija a la persona jurídica un patrimonio neto de mil o setecientos millones de pesos, según se trate de un depósito de carácter público o privado, no puede ser considerado como discriminatorio, pues dicha exigencia es para todas las personas jurídicas que pretendan habilitar un depósito, debiéndose confrontar la igualdad frente a quienes ejerzan la misma actividad.

De otra parte, la finalidad de dicha exigencia es proteger y garantizar a los usuarios del servicio en cuestión, pues éstos confían a aquéllas las mercancías, lo cual justifica que tengan un respaldo sólido, sin que pueda decirse que con ello se está desconociendo el derecho al trabajo, pues es apenas lógico que cada actividad en particular, según la naturaleza de sus funciones, requiera en mayor o menor grado un respaldo patrimonial.

Por lo anterior, los cargos analizados no prosperan.

2.3. La pretendida violación del artículo 84 de la Carta Fundamental por cuanto considera el actor que la materia objeto del acto acusado ya había sido reglamentada mediante el Decreto 1909 de 1992, tampoco es de recibo, pues ha sido pronunciamiento reiterado de esta Corporación que el establecimiento de requisitos generales debe mirarse no sólo frente a la ley, sino frente a los decretos reglamentarios de la misma, y con mayor razón si se trata de decretos que reglamentan las leyes marco, cuya característica es desarrollar las normas generales contenidas en éstas, de tal manera que permitan hacer explícitos y específicos los objetivos y criterios en ellas determinados.

En el caso de autos, si bien es cierto que el Decreto 1902 de 1992 “por el cual se modifica parcialmente la legislación aduanera” reguló ciertos aspectos relativos a los depósitos de mercancías (artículos 102 a 107), no lo es menos que como quiera que el Decreto 537 de 1995 tuvo como fundamento legal, entre otros, el artículo 189, numeral 25 de la Carta Política, se tiene que el Gobierno Nacional está autorizado por ésta para modificar los aspectos atinentes al régimen de aduanas, dentro del cual se encuentra incluida la actividad de almacenamiento de mercancías.

En efecto, prescribe el canon constitucional en comentario:

“Artículo 189.- Corresponde al Presidente de la República como Jefe del Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

“1. ...

“25. Organizar el Crédito Público; reconocer la deuda nacional y arreglar su servicio; modificar los aranceles, tarifas y **demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas; ...**” (negrillas fuera del texto).

Sobre la inclusión de las operaciones de almacenamiento de mercancías dentro del régimen de aduanas, esta Sección tuvo oportunidad de referirse en sentencia de 12 de mayo de 1994, Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente número 2646, actora María Esperanza Cabrera Calixto:

“Estima la Sala que no asiste razón a la demandante ya que el régimen de aduanas o la materia aduanera es un término genérico que incluye a las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías, como bien lo hace notar el apoderado de la demandada. En efecto, el artículo 1º del Decreto 2666 de 1984, que para estos efectos se encuentra vigente ya que la derogatoria que del mismo hizo el artículo 111 del Decreto 1909 de 1992, como expresamente allí se lee, lo fue ‘exclusivamente en lo que se refiere al régimen de importación’, preceptúa: ‘Regímenes aduaneros son las normas que regulan las diferentes operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías’” (destacado fuera del texto).

Además, la Sala comparte lo expresado pro el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público cuando al contestar la demanda afirma que no puede entenderse que el artículo 84 prohíba al organismo encargado de expedir la reglamentación, en este caso al Gobierno Nacional, modificarla o derogarla, pues dada la naturaleza cambiante y técnica de la actividad aduanera ello se hace necesario.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2.4. Señala el demandante que el artículo 123 de la Carta Magna fue desconocido, en la medida en que a su juicio el Gobierno Nacional no tiene la facultad ejercida mediante el decreto demandado, porque las leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991 (leyes marco) no se pueden utilizar para reglamentar la actividad de los depósitos aduaneros, la cual es una actividad concreta que establece requisitos y condiciones operativas.

Sobre el particular, la Sala estima que las leyes en mención, por ser leyes marco, simplemente están trazando las directrices generales relativas al régimen de aduanas, razón por la cual, como el mismo demandante lo reconoce, al ser la actividad de depósitos una actividad que requiere de unos requisitos y condiciones operativas precisos, los mismos deben ser establecidos a través de las reglamentaciones expedidas por el Gobierno Nacional.

Los artículos de las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991 que el acto acusado invoca como fundamentos legales, son del siguiente tenor:

## SECCION PRIMERA

“Artículo 3°. - (Ley 6ª de 1971) Las modificaciones que se introduzcan al régimen de aduanas deberán consultar las recomendaciones del Consejo de Cooperación de Bruselas, el esquema del Código Aduanero uniforme acordado para la ALALC, los estudios existentes sobre legislación comparada y los progresos técnicos alcanzados en materia de administración aduanera, con el fin de revisar la legislación vigente, y en especial la Ley 79 de 1931”.

“Artículo 2°. - (Ley 7ª de 1991) Al expedir las normas por las cuales habrá de regularse el comercio internacional del país, el Gobierno Nacional deberá hacerlo con sometimiento a los siguientes principios.

“1. Impulsar la internacionalización de la economía colombiana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo.

“2. Promover y fomentar el comercio exterior de bienes, tecnología, servicios y en particular, las exportaciones.

“3. Estimular los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen y faciliten las transacciones externas del país.

“4. Impulsar la modernización y la eficiencia de la producción local, para mejorar su competitividad internacional y satisfacer adecuadamente las necesidades del consumidor.

“5. Procurar una legal y equitativa competencia a la producción local y otorgarle una protección adecuada, en particular, contra las prácticas desleales del comercio internacional.

“6. Apoyar y facilitar la iniciativa privada y la gestión de los distintos agentes económicos en las operaciones de comercio exterior.

“7. Coordinar las políticas y regulaciones en materia de comercio exterior con las políticas arancelaria, monetaria, cambiaria y fiscal.

“8. Adoptar, sólo transitoriamente, mecanismos que permitan a la economía colombiana superar coyunturas externas o internas adversas al interés comercial del país.

“Los anteriores principios se aplicarán con arreglo a los criterios de la economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción que orientan las actuaciones administrativas”.

Los textos arriba transcritos trazan pautas y directrices generales, lo cual es apenas lógico, dado que las leyes que los contienen son leyes marco o cuadro. En consecuencia, se reitera que el Gobierno Nacional ejerció la facultad a él otorgada en el artículo 189 numeral 25 de la Constitución Política, reglamentando, a través del acto demandado, lo concerniente a la habilitación de depósitos de mercancías, materia que

si bien es cierto no la tocan directamente las Leyes 6ª de 1971 y 7ª de 1991, por tratarse de leyes marco, también lo es que se encuentra enmarcada dentro del denominado genéricamente “régimen aduanero”, que comprende a las operaciones de importación, exportación, almacenamiento y tránsito de mercancías.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia número 73 de 18 de septiembre de 1986, señaló que el establecimiento de las leyes marco o cuadro “...encuentra su justificación en la condición esencialmente mutable de aquellos fenómenos que exigen una regulación flexible o dúctil que se adecue a las cambiantes circunstancias del suceder aludido, de tal manera que sólo al Gobierno incumbe crear la normatividad jurídica que aquellos fenómenos reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o “marcos” dados por el legislador, quien al señalarlos, queda con aptitud legislativa recortada en las materias que la precitada disposición constitucional enuncia”.

Las consideraciones anteriores llevan a la Sala a concluir que el Decreto 537 de 1994 de manera alguna desconoció el artículo 123 de la Constitución Política, pues a través del mismo ejerció las funciones a él encomendadas en el artículo 189 numeral 25 *ibidem*, luego el cargo en estudio es desestimado.

2.5. Otro de los cargos endilgados al Decreto 537 de 1995, es la violación del artículo 150, numeral 19, literal c) de la Carta Política, por considerar el demandante que con la expedición de aquel, el Ejecutivo invadió la órbita legislativa del Congreso.

Reza la norma constitucional:

“Artículo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

“ ...

“ ...

“19.- Dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno para los siguientes efectos:

“a. ...

“c. Modificar, por razones de política comercial, los aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas”.

La Sala observa que el contenido del literal c) del artículo arriba transcrito es muy similar al del artículo 189 numeral 25, al cual se hizo referencia al estudiar el cargo de violación al artículo 84 de la Constitución Política.

En consecuencia, esta Corporación reafirma lo allí expuesto, en el sentido de que la Carta Política confirió al Gobierno Nacional expresamente la facultad de modificar lo relacionado con el régimen de aduanas, el cual incluye lo relativo al almacenamiento de mercancías.

## SECCION PRIMERA

Sobre el particular, es pertinente traer a colación lo expresado por esta Corporación en sentencia de 23 de febrero de 1996, Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, actor: Sociedad Green Cargo de Colombia Ltda, proferida dentro del proceso número 3350, en el que también fue demandado el Decreto 537 de 1995 objeto de la presente controversia:

“A través del mecanismo de las leyes que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “Leyes-Marco” o “Leyes- Cuadro”, que en materia de “aranceles, tarifas y demás disposiciones concernientes al régimen de aduanas” y de comercio exterior lo son las Leyes 6a. de 1971 y 7a. de 1991, tanto el Constituyente de 1968 como el de 1991 procuraron dotar al régimen jurídico colombiano de un sistema ágil y expedito para enfrentar situaciones que requiriesen decisiones inmediatas, y que, dada su naturaleza, no pueden dar tregua a que se surtan todos los trámites de expedición de una ley ordinaria.

“... ”

“En relación con este tipo de leyes, consagrado en el artículo 150 numeral 19 de la Constitución Política, la Corte Constitucional, en sentencia C-465 de julio 16 de 1992, proferida por su Sala Plena con ponencia del Magistrado doctor Ciro Angarita Barón, precisó los siguientes rasgos distintivos.

“1°. El legislador debe circunscribir su actuación a fijar la política, los criterios y los principios que guiarán la acción del Ejecutivo al desarrollar la materia que constituye su objeto.

“2°. Estas leyes limitan la función legislativa del Congreso en cuanto que dicho poder se contrae a trazar las normas generales, a enunciar los principios generales y a dar las orientaciones globales a que debe ceñirse el Ejecutivo en la adopción de regulaciones y medidas en los campos específicos de la actividad estatal que constitucionalmente se reservan a esta clase de estatutos normativos, de ahí que su materia escape a la regulación de la ley ordinaria.

“3°. Para expedirlas o modificarlas se requiere de iniciativa gubernamental, si bien el legislativo decide autónomamente sobre su contenido.

**“4°. En virtud de esta clase de leyes, se deja al Congreso el señalamiento de la política general y al Ejecutivo su regulación particular y su aplicación concreta.**

“5°. Revisadas las materias que la Reforma de 1968 reservó a este tipo de leyes, como rasgo común todas ellas se refieren a cuestiones técnico-administrativas de difícil manejo; a fenómenos económicos que por su condición esencialmente mutable, exigen una regulación flexible o dúctil que permita responder a circunstancias cambiantes; o a asuntos que ameritan decisiones inmediatas y que, por tanto, resulta inadecuado y engorroso manejar por el accidentado proceso de la deliberación y votación parlamentaria pública.

“6°. Al Gobierno incumbe concretar la normatividad jurídica que dichas materias reclaman y lo hace por medio de decretos que deben ajustarse a los parámetros o ‘marcos’ dados por el legislador en la respectiva ley” (negrillas fuera del texto).

Lo anterior pone de presente que en tratándose, como en el caso de la habilitación de depósitos de mercancías, de materias que son básicamente alterables en razón de las coyunturas económicas bien sean externas o internas que rodean su ejercicio, es al Ejecutivo a quien corresponde desarrollar los lineamientos generales trazados en las leyes marco, cuya expedición sí corresponde al Congreso.

En consecuencia, el cargo no prospera.

2.6. Frente al presunto desconocimientos del artículo 209 de la Carta Política por cuanto el actor estima que con la expedición del Decreto 537 de 1995 se desconocieron los principios de igualdad e imparcialidad que deben regular la función administrativa, la Sala se remite para desestimar el cargo, a lo expuesto cuando analizó la pretendida violación del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 *ibidem*.

2.7. Finalmente, respecto de la transgresión del artículo 333 de la Carta Política el cual consagra la libre empresa y la iniciativa privada, considera esta Corporación que tampoco pueden entenderse vulnerados por el decreto acusado, ya que en manera alguna éste impide a las personas que así lo quieran, desarrollar la actividad de almacenamiento de mercancías, previo el cumplimiento de los requisitos contenidos en el Decreto 537 de 1995, señalados por el Gobierno con base en la facultad del artículo 189, numeral 25, literal c) de la Constitución Política, en armonía con los artículos 3° y 2° de las Leyes 6a y 7a. de 1971 y 1991, respectivamente.

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

#### FALLA:

Primero. DECLARASE no aprobada la excepción propuesta por los apoderados de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Comercio Exterior.

Segundo. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el día 7 de marzo de 1996.

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente de la Sala; Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Menciona y transcribe la sentencia número 73 de la Corte Suprema de Justicia del 18 de septiembre de 1986 sobre leyes marco, transcribe

## SECCION PRIMERA

la sentencia del 23 de febrero de 1996; Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, expediente 3550; actor Sociedad Grean Cargo de Colombia L.T.D.A., en la cual también se demandó el Decreto 537 de 1995 acusado.

**NOTA DE RELATORIA:** La sentencia del 23 de febrero de 1996; Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; expediente 3550, actor: Sociedad Grean Cargo de Colombia, también versa sobre el Decreto 537 de 1995.

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial sobre las operaciones de almacenamiento de mercancías actividad integrante del régimen de aduanas contenida en la sentencia del 12 de mayo de 1994 Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, expediente número 2646, actora María Esperanza Cabrera Calixto. La sentencia del 23 de febrero de 1996; Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez expediente 3550 actor: Sociedad Grean Cargo de Colombia L.T.D.A. también versa sobre el Decreto 537 de 1995.

**NOTA DE RELATORIA:** La sentencia del 23 de febrero de 1996; Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez; expediente número 3550, actor: Sociedad Grean Cargo de Colombia L.T.D.A. también versa sobre el Decreto 537 de 1995.

**MODERNIZACION DEL ESTADO / SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS - Supresión / SUPERINTENDENCIA BANCARIA - Funciones / DIAN -Reestructuración / DIRECCION GENERAL DE INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO - Creación / CASAS DE CAMBIO - Normatividad**

La Superintendencia de Cambios fue suprimida por el artículo 1° del Decreto 2116 de 1993. Las funciones que tenía asignadas la Superintendencia de Control de Cambios, fueron transferidas, por la misma disposición, a la Superintendencia Bancaria, a la Superintendencia de Sociedades y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales. El traslado de funciones de la suprimida Superintendencia de Cambios, operó en lo atinente al régimen de cambios. A la Superintendencia Bancaria se le defirió ejercer privativamente la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediario del mercado cambiario y sobre las casas de cambio. Para ese fin se creó la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario, en la Superintendencia Bancaria (artículo 2° Decreto-ley 2116 de 1992). Las funciones del artículo 3° del Decreto 1271 de 1993 no son ajenas al control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior, y en general, a las normas aduaneras y de comercio exterior de carácter especial, atribuidas antes de supresión a la Superintendencia de Cambios.

**DIAN - Funciones / REGIMEN CAMBIARIO - Control y Vigilancia**

A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se le atribuyó competencia para ejercer las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento de régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiaciones de importaciones y exportaciones (art. 3° Dec. 2116 de 1992.). Además, se dispuso que cualquier referencia a la Superintendencia de Cambios que se hiciera en las normas aduaneras y de comercio exterior de carácter especial, debería entenderse hecha a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (art. 4° Dec. 2117 de 1992).

## SECCION PRIMERA

### PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Funciones / POTESTAD REGLAMENTARIA / EJECUCION DE LA LEY

El Decreto 1271 de 1993 ha de entenderse como una norma instrumental, que desarrolla el contenido esencial de las normas de transferencia de competencia dadas por unas normas de superior jerarquía, precisamente para evitar las lagunas o los vacíos normativos, que impedirían la eficacia de dichas normas superiores. En este sentido es menester considerar que la cumplida ejecución de las leyes, que es atribución del Presidente de la República (art. 189, num. 11, C.P.) implica la facultad de hacerlas practicables, concretando y precisando las condiciones o circunstancias que las hagan realizables en el orden práctico. No puede afirmarse violación del principio de la división de poderes, ni arrogación por el Gobierno de facultades propias del legislativo, ni de excesos en el poder reglamentario, antes bien, la expedición del Decreto 1271 de 1993 debe enmarcarse dentro de la obligación constitucional del Gobierno de velar por el estricto cumplimiento y ejecución de las leyes.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*.

Radicación: 3396.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Felipe Londoño Peláez.

Decide la Sala en relación con la demanda de nulidad promovida por el ciudadano Felipe Londoño Peláez contra el artículo 3º del Decreto Reglamentario número 1271 de julio 1º de 1993.

#### I. LA DEMANDA

En su demanda, dirigida contra la Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público-, el actor pretende la nulidad del artículo 3º del Decreto 1271 de 1º de julio de 1993 "por el cual se determinan las funciones de la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario, de la Superintendencia Bancaria y se dictan otras disposiciones reglamentarias".

El artículo en mención, según el texto publicado en la edición número 40.934 del Diario Oficial correspondiente al día 2 de julio de 1993, reza:

"Artículo 3º. La Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ejercerá las siguientes funciones:

“1. Adelantar hasta su culminación, los procedimientos correspondientes para el agotamiento de la vía gubernativa de las providencias expedidas por la Superintendencia de Cambios hasta el 1° de julio de 1993, inclusive, que no estén comprendidas dentro de las competencias transferidas a las Superintendencias Bancaria y de Sociedades y asumir su defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“2. Continuar hasta su terminación definitiva, las actuaciones que por mandato legal son de competencia de la Superintendencia de Cambios y que no fueron asignadas a las entidades y organismos receptores de las demás funciones de la entidad que se suprime.

“3. Ejercer las competencias establecidas por el Decreto 2272 de 1991 por la Superintendencia de Cambios, cumplir los trámites para el agotamiento de la vía gubernativa y su defensa ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Como normas violadas en lista el actor cita los artículos 113, 121, 150 numeral 1 y 189 numerales 11 y 17 de la Constitución Política; los artículos 3° y 4° del Decreto 2116 de 1992; y el artículo 12 literales c) d) h) y k) del Decreto 2117 de 1992.

La violación la hace consistir el actor en que la norma que somete al control jurisdiccional crea funciones nuevas, diferentes y modificatorias de las que para la Unidad Administrativa Especial - Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales había fijado el Decreto 2117 de 1992.

Para llegar a esta conclusión el demandante tuvo en cuenta que dentro del proceso de modernización del Estado y en desarrollo del artículo transitorio 20 de la Constitución, el Gobierno suprimió la Superintendencia de Control de Cambios y trasladó sus competencias en materia de control y vigilancia del régimen de cambio a otras entidades, a saber, la Superintendencia Bancaria, la Superintendencia de Sociedades y a la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, así:

A la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario de la Superintendencia Bancaria, creada por el artículo 2° del Decreto 2116 de 1992, le asignó ejercer privativamente la función de control y vigilancia “sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario y de las casas de cambio”; y a la DIAN, las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, “en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiero de importaciones y exportaciones” (art. 3°) y en general, “en todo lo relacionado con operaciones de comercio exterior”.

No obstante esta clara delimitación de competencias, en la práctica se presentan vacíos en materia de conocimiento, control y vigilancia de ciertas operaciones, como por ejemplo, el manejo de las cuentas de compensación, el manejo de cuentas corrientes en moneda extranjera, las operaciones de divisas entre residentes en el país, etc.

## SECCION PRIMERA

Para llenar tales vacíos el Gobierno expidió el Decreto 1271 del 1° de julio de 1993 que, a más de determinar las funciones de la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario de la Superintendencia Bancaria, adoptó otras disposiciones nuevas y diferentes para la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales - DIAN, que no estaban reguladas en los Decretos-leyes 2116 y 2117 de 1992, amén de consagrar una especie de cláusula general del competencia para esta entidad al asignarle el conocimiento de todas las actuaciones que anteriormente correspondían a la Superintendencia de Cambios.

De ese modo el Gobierno Nacional, excediéndose en el ejercicio de la facultad reglamentaria desconoció el principio de la separación de poderes y ejerció funciones distintas a las que le atribuyen la Constitución y las leyes, en detrimento de las atribuciones del Congreso de la República al haber otorgado a la DIAN competencias que no le habían sido conferidas a ésta, lo cual implicó modificación y reforma de normas de carácter superior como los Decretos Extraordinarios 2116 y 2117 de 1992 que tienen fuerza de ley. En el mismo orden de ideas, el Gobierno incurrió en violación de la Constitución, al invocar como norma que lo autorizaba para expedir el decreto acusado, la facultad de distribuir negocios entre ministerios, departamentos administrativos y establecimientos públicos, en tanto la DIAN no encuadra dentro de la categoría de tales entes.

## II. CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demanda fue respondida a nombre del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales por la apoderada designada por la Asesora de la Dirección Superior del citado Ministerio.

En oposición a las pretensiones del actor adujo la facultad del Gobierno para distribuir funciones ya existentes, examinó el contenido del articulado demandado y las consecuencias de una eventual declaratoria de nulidad de las funciones cambiarias asignadas a las Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

En cuanto al primer argumento sostiene que la Superintendencia de Cambios era un organismo adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al igual que lo es la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Suprimida la Superintendencia de Control de Cambios por el Decreto 2116 de 1992 no lo fueron en cambio sus funciones, que continúan vigentes y fueron repartidas entre las Superintendencias Bancarias y de Sociedades y la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

Pese a la distribución de funciones hecha en el mencionado decreto no quedó claro a quién correspondía continuar con algunas de las funciones de la desaparecida Superintendencia, por cuya razón se expidió la norma demandada en este proceso, sin crear nuevas competencias ni funciones.

Como las funciones que correspondían a la Superintendencia de Cambios fueron asignadas a entidades adscritas a Ministerios, era procedente que el Gobierno con fundamento en el artículo 189 numeral 17 de la Constitución pudiese determinar que algunas funciones que correspondían a la Superintendencia de Cambios quedarán en cabeza de uno de tales organismos.

Además, la asignación de esas funciones se hizo con carácter transitorio para concluir procedimientos y actuaciones no terminadas al momento de la supresión de la Superintendencia de Cambios.

El segundo argumento consiste en sostener que con la asignación de funciones que se hace a la U.A.E. Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales "no se están modificando las competencias asignadas en los Decretos 2116 y 2117 de 1992". El Presidente, como suprema autoridad administrativa, cumplió con el deber de distribuir tareas que iniciadas por la Superintendencia de Cambios no habían finalizado, definiendo con claridad, ante la confusión existente, cuál organismo debía terminarlas.

Dentro de esta línea expresa que las competencias establecidas por el Decreto 2272 de 1991, comprenden facultades contenidas en el Decreto 2187 de 1990 y otorgadas a la Superintendencia de Cambios en relación con bienes (oro, platino, divisas o títulos representativos de las mismas) incautados en procesos adelantados por la justicia regional o de orden público.

Finalmente arguye la apoderada de la Nación que la declaratoria de nulidad de las funciones cambiarias asignadas a U.A.E. Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales dejaría sin sanción a innumerables infractores cambiarios, como los exportadores ficticios que efectúan ingresos de divisas contribuyendo al lavado de dólares provenientes del narcotráfico; haría nugatoria la acción de la Administración en materia de pruebas; y causaría traumatismos y caos en la balanza comercial del país, con incidencia en el manejo de las reservas internacionales y afectando la política monetaria, cambiaria y crediticia del país.

### III. ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente sólo alegó de conclusión la apoderada de la entidad demandada, para reafirmar su argumentación jurídica de oposición a que las funciones asignadas mediante el artículo 3° del Decreto 1271 de 1993 a la U.A.E. - DIAN sean nuevas, puesto que ya las venía ejerciendo la Superintendencia de Cambios, por lo cual lo único que hizo el Gobierno fue distribuir funciones ya existentes, cifiéndose al pensamiento del legislador.

De ahí que el Gobierno Nacional con la expedición del Decreto 1271 de 1993 no violó las normas constitucionales y legales que señala el demandante como transgredidas, pues actuó en ejercicio de su facultad reglamentaria y de deber constitucional de garantizar la cumplida ejecución de las leyes.

## SECCION PRIMERA

### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, al rendir su concepto de fondo se ocupó del decreto acusado, del cual sostiene que proyecta el espíritu de los decretos expedidos con base en el artículo 20 transitorio de la Constitución, en cuanto pretendió reasignar funciones al interior del Ministerio de Hacienda, cuidando que todo lo atinente a la suprimida Superintendencia de Cambios fuera asumido por otros organismos y entidades. De suerte que los Decretos 2116 y 2117 de 1992 no fueron notificados por el Decreto 1271 de 1993, por cuanto aquéllos permanecen en su contenido.

Examina luego la naturaleza jurídica de las Unidades Administrativas Especiales, reguladas por el Decreto 1050 de 1968, para enfatizar la adscripción de la Administración de Impuestos y Aduanas Nacionales a la Rama Ejecutiva y concretamente al Ministerio de Hacienda. De ahí que estime que el Gobierno no incurrió en violación del artículo 189, numeral 17 de la Carta al asignar funciones de la suprimida Superintendencia de Cambios porque con ello estaba cumpliendo la función de distribuir los negocios dentro de los Ministerios, “porque al distribuir a uno de los organismos adscritos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como es la DIAN, lo está haciendo al Ministerio mismo”.

Al dar por sentado que el decreto demandado es de carácter reglamentario y que no modificó los Decretos 2116 y 2117 de 1992 y que por ser la DIAN parte integral de la estructura ministerial puede ser objeto de distribución de negocios por parte del Presidente de la República, el señor Agente Fiscal concluye que el Gobierno Nacional no violó ninguna de las normas invocadas y por lo tanto no deben prosperar las pretensiones del actor.

### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

La Acusación contra el artículo 3° del Decreto 1271 de 1993 se endereza dentro del supuesto de que “asigna unas funciones nuevas, diferentes y modificatorias de las ya fijadas por el Decreto 2117 de 1992, a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales”.

Por consiguiente la decisión que ha de adoptarse supone comprobar o desechar la hipótesis del actor y a tal efecto se hace menester examinar a espacioso el contenido normativo del Decreto 2117 de 1992, que se supone modificado.

1°. De manera previa y como base del análisis correspondiente debe quedar establecido:

1. La Superintendencia de Cambios fue suprimida por el artículo 1° del Decreto 2116 de 1993.

2. Las funciones que tenía asignadas la Superintendencia de Control de Cambios, fueron transferidas, por la misma disposición, a la Superintendencia Bancaria, a la Superintendencia de Sociedades y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.

3. El traslado de funciones de la suprimida Superintendencia de Cambios, operó en lo atinente al régimen de cambios así:

- A la Superintendencia Bancaria se le defirió ejercer privativamente la función de control y vigilancia sobre las instituciones financieras autorizadas por el régimen cambiario para actuar como intermediarios del mercado cambiario y sobre las casas de cambio. Para ese fin se creó la Dirección General de Intermediarios del Mercado Cambiario, en la Superintendencia Bancaria (art. 2º, Decreto-ley 2116 de 1992).

- A la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales se le atribuyó competencia para ejercer las funciones de control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior y financiación de importaciones y exportaciones (art. 3º Decreto 2116 de 1992).

Además, se dispuso que cualquier referencia a la Superintendencia de Cambios que se hiciera en las normas aduaneras y de comercio exterior de carácter especial, debería entenderse hecha a la U.A.E. Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (art. 4º Dec. 2117 de 1992).

4. Sin modificar en nada esa atribución de funciones, el Decreto 2117 de 1992 fijó varios cometidos a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales que incorporan lo atinente al “Control de cambio por importación o exportación de bienes y servicios” (art. 12, Lts., c), d), h) y k).

2º. Preciado lo anterior cabe preguntar: Las funciones del artículo 3º del Decreto 1271 de 1993 son ajenas al “control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las operaciones de comercio exterior” y en general, “a normas aduaneras y de comercio exterior de carácter especial”, atribuidas antes de su supresión a la Superintendencia de Cambios.

Para la corporación la respuesta es, en principio negativa. En efecto:

2.1 El numeral 1 del artículo 3º dispone:

“Adelantar hasta su culminación, los procedimientos correspondientes para el agotamiento de la vía gubernativa de las providencias expedidas por la Superintendencia de Cambios hasta el 1º de julio de 1993, inclusive, que no estén comprendidas dentro de las competencias transferidas las Superintendencia Bancarias y de Sociedades, y asumir su defensa ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo” (se subraya).

Salta a la vista que no son funciones nuevas, en tanto se trataba de dar curso a las actuaciones administrativas donde la suprimida Superintendencia de Cambios había proferido providencias dentro de su competencia.

## SECCION PRIMERA

Así mismo, que estas funciones, al no estar comprendidas dentro de las competencias transferidas a las Superintendencia Bancaria o de Sociedades, correspondían necesariamente a lo relacionado con el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario, en materia de importación y exportación de bienes y servicios.

### 2.2 El numeral 2 del artículo 3° dispone:

“Continuar hasta su terminación definitiva las actuaciones que por mandato legal son de competencia de la Superintendencia de Cambios y que no fueron asignadas a las entidades y organismos receptores de las demás funciones de la entidad que se suprime”.

También aquí hay que considerar que no se trata de funciones nuevas, sino que la asignación que se hace corresponde a “actuaciones que por mandato legal son de competencia de la Superintendencia de Cambios”.

La asignación parece referirse a cualquier actuación que no hubiese sido atribuida a las entidades y organismos receptores de las demás funciones de la entidad que se suprime. Mas ello no puede entenderse así, sino en el sentido de que se refiere a aquellas actuaciones que no correspondan a la Superintendencia de Sociedades o Bancaria, como quiera que la norma habla de las “demás funciones”. Acaso pudo quedar alguna competencia de la Superintendencia de Cambios que no fuera asignada a ninguna otra entidad de las tres receptoras de sus funciones. Es obvio que no.

Pero si así fuera, esto es, si existiere la posibilidad de que alguna competencia de la suprimida Superintendencia de Cambios no hubiere sido asignada bien a la Superintendencia Bancaria, bien a la Superintendencia de Sociedades, ni a la DIAN, no se ve cómo tratándose de una función que corresponde a una entidad u organismo perteneciente a la estructura misma del Ministerio de Hacienda, no pueda el Gobierno distribuir ese asunto internamente dentro del Ministerio.

En este caso, ni se crea una función nueva o distinta, ni se modifican las competencias dadas por los Decretos 2116 y 2117 de 1992.

### 2.3 El numeral 3 del artículo 3° reza:

“Ejercer las competencias establecidas por el Decreto 2272 de 1991 para la Superintendencia de Cambios, cumplir los trámites para el agotamiento de la vía gubernativa y su defensa ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.

Lo primero que cabe observar es que las competencias establecidas por el Decreto 2272 de 1991 no figuran dentro de la transferencia de funciones que relaciona el artículo 1° del Decreto 2116 de 1992. Por eso antes se utilizó la expresión “en principio”, porque esta asignación de funciones pareciera no estar comprendida dentro del “control de cambio por importación y exportación de bienes y servicios”.

Ello no obsta para considerar que la asignación se ajusta a la legalidad. Primero, porque se trata de competencias dadas por un decreto con fuerza de ley, entre ellas, las atinentes a las actuaciones que la Superintendencia de Cambios venía desarrollando

dentro del marco del Decreto 444 de 1967 referidas a ingresos en moneda extranjera. Obligación de negociar las divisas provenientes de exportación y servicios y originadas en operaciones de comercio exterior, todo lo cual se enmarca, sin lugar a dubitación, dentro del régimen cambiario relativo a la importación de bienes y servicios o gastos asociados con el comercio exterior, cuya competencia, por lo mismo, quedó trasladada a la DIAN; y luego, porque se trata de una materia o asunto propio del Ministerio de Hacienda, por cuya razón bien podría el Gobierno radicarlo en cabeza de cualquiera en cualquiera de los tres organismos a los cuales se trasladó la totalidad de competencias que estaban atribuidas a la suprimida entidad.

El Decreto 1271 de 1993 ha de entenderse como una norma instrumental, que desarrolla el contenido esencial de las normas de transferencia de competencia dadas por unas normas de superior jerarquía, precisamente para evitar las lagunas o los vacíos normativos, que impidieran la eficacia de dichas normas superiores. En este sentido es menester considerar que la cumplida ejecución de las leyes, que es atribución del Presidente de la República (art. 189, num. 11, C.P.) implica la facultad de hacerlas practicables, concretando y precisando las condiciones o circunstancias que las hagan realizables en el orden práctico.

Por último, la misma transitoriedad de las disposiciones del artículo 3° del Decreto 1271 de 1993, cuya vigencia queda limitada a la culminación de actuaciones administrativas iniciadas por la Superintendencia de Cambios, evidencia que no se está en presencia de funciones nuevas o distintas de las asignadas, ya que las competencias dadas por dichos decretos a la misma entidad permanecen incólumes.

3°. Desde la perspectiva enunciada no puede afirmarse violación del principio de la división de poderes, ni arrogación por el Gobierno de facultades propias del legislativo, ni de excesos en el poder reglamentario, antes bien, la expedición del Decreto 1271 de 1993 debe enmarcarse dentro de la obligación constitucional del Gobierno de velar por el estricto cumplimiento y ejecución de las leyes (art. 189 num. 10 y 11 C.P.).

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:**

DENIEGANSE la pretensiones de la demanda.

DEVUELVASE a la parte actora el depósito efectuado para gastos ordinarios 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 7 de marzo de 1996.

*Juan Alberto Polo Figueroa, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente;  
Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

## COSA JUZGADA

Si bien la decisión adoptada en la Sentencia del 11 de septiembre de 1995 produce los efectos de cosa juzgada en cuanto a la alegada violación de los artículos 2°, 113 y 338 de la Carta Política, a que hacen referencia los cargos primero, tercero y sexto de la demanda, entre otras disposiciones, a cuya declaratoria se procedera en la parte resolutive de este fallo, los mencionados efectos no pueden extenderse a las demás normas cuyo desconocimiento atribuye el actor al citado artículo 24 por cuanto ninguna de ellas se analizó en dicha providencia de manera concreta.

## SERVICIO PUBLICO DE CORREOS / SERVICIO POSTAL / MENSAJERIA ESPECIALIZADA / CONCESION DEL SERVICIO / RED OFICIAL DE CORREOS / CORREO NACIONAL - Oficial / CORREO INTERNACIONAL - Oficial

En el parágrafo 1° del artículo 24 del Decreto 229 de 1995 demandado, se sujeta a Adpostal al pago de los mismos cánones establecidos en la misma norma para las demás personas naturales o jurídicas que obtengan concesiones para prestar el servicio postal de mensajería especializada, desvirtúan los cargos primero y quinto del libelo demandatario. La misma Ley 80 de 1993 en su artículo 37 facultó expresamente al Gobierno Nacional para reglamentar “las calidades, condiciones y requisitos dentro de los cuales está incluido el de la mensajería especializada, como se expresa en la sentencia de la Corte Constitucional del 15 de septiembre de 1994, C-407, el artículo 3° del Decreto 229 de 1995 determina lo que debe entenderse por ‘red oficial de correos’ a través de la cual el artículo 43 *ibidem* señala que los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales deberán transportar su correo nacional e internacional”.

## ADPOSTAL -Funciones / RED OFICIAL DE CORREOS / CORREO OFICIAL / CONTRATO DE CONCESION / SELECCION OBJETIVA

El artículo 1° del Decreto 2563 de 1985, prevé que las entidades del Estado deben hacer sus envíos de correo por Adpostal, “...de conformi-

dad con las disposiciones reglamentarias que al afecto se dicten regular la prestación de las diversas modalidades de correo”, al verse en el citado artículo 43 del Decreto 229 de 1995, norma tam de carácter reglamentario que tales envíos se realicen a través de la oficial de correos, que, como se vio, está conformada por todos los cursos utilizados para la admisión, clasificación, y entrega de los envi de correspondencia y otros objetos postales, que autorice el Ministerio de Comunicaciones para la prestación de los servicios de correos nacionales e internacionales mediante contrato de concesión, de ello resulta que cualquier persona natural o jurídica puede, acreditando los requisitos que señalan las normas, participar en el proceso de selección objetiva con la finalidad de obtener la adjudicación del contrato de concesión para la prestación de los servicios de correos, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1° del artículo 37 de la Ley 80 de 1993, como lo plantea la entidad demandada, y, en consecuencia, estar en igualdad de condiciones con Adpostal, para que las entidades oficiales y semioficiales a que se refiere el artículo demandado utilicen sus servicios para el transporte de correo.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número 3407.

Actor: Jorge Alberto Guerrero Lozano.

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 y abogado Jorge A. Guerrero Lozano, 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 24 y 43 del Decreto 229 del 1° de febrero de 1995, “por el cual se reglamenta el servicio postal”, expedido por el Gobierno Nacional. En subsidio de la anterior petición, solicita declarar la nulidad del literal b) del citado artículo 24.

## I. ANTECEDENTES

### a. Los actos acusados

“**Artículo 24.** Cánones del servicio de Mensajería Especializada. Todas las personas naturales o jurídicas que obtengan concesión para la prestación del servicio postal en mensajería especializada, pagarán al Fondo de Comunicaciones:

“a) Por concepto del otorgamiento de licencia, una suma equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.

to de uso de las licencias, el 4% de sus ingresos brutos de explotación debe ser pagado en forma trimestral.

o 1°. La Administración Postal Nacional - Adpostal, estará sujeta a 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 de pagos de los cánones por las licencias de los servicios de correos y mensajería especializada, ingresarán la Fondo de Comunicaciones y se podrán destinar a proyectos de correo social, rural o urbano, y cubrir los gastos de vigilancia y 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 la 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 43. Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional, deberán transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el artículo 10 del Decreto 75 de 1984”.

#### **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. 19 a 34 y 168 a 170):

**Primer Cargo.** Violación de los artículos 2°, 13 y 58 de la Constitución Política.

El servicio de mensajería especializada es una actividad creada, desarrollada y ejecutada por los particulares cuyo objeto esencial consiste en la recepción, transmisión, y entrega personalizada de documentos y paquetes pequeños comerciales que requieren rapidez en su entrega, la cual hace parte del género del contrato de transporte de cosas regulado por el Código de Comercio, ya que participa de las características propias de éste.

Los denominados “Servicios Postales” cuyo monopolio ostenta el Estado, están circunscritos al transporte de correspondencia, sin que se vean afectados por la mensajería especializada, entre otras razones, porque los monopolios postales nacionales tienen limitado su ámbito de ejercicio a las fronteras nacionales, no están en condiciones de ofrecer un servicio equivalente al prestado por las empresas de mensajería en términos de rapidez y garantías en la entrega, es un servicio universal de bajo costo,

etc. Además, la mensajería especializada supone la existencia de una red internacional de servicios eficientes que no pueden ser suplidos por un servicio postal nacional.

El derecho a recibir amparo sobre los bienes y a dispensar igual tratamiento jurídico a todas las personas están ausentes en los artículos acusados, como quiera que frente a sectores de la economía que desarrollan similares actividades a las de las empresas de mensajería especializada como son las empresas de transporte, no se les impuso canon alguno.

Olvida la norma reglamentaria que si a una exención o tributo hace más gravosa la actividad económica para un agente económico que para otros, la ley que tal cosa dispone es inconstitucional, por ser contraria al principio de igualdad.

No existe pues razón lógica para tratar preferentemente a Adpostal y a las empresas de transporte, en cualesquiera de sus modalidades, y dar un trato discriminatorio por la imposición de los llamados cánones postales a las empresas de mensajería especializada, así se les haya convertido por fuerza de una disposición legal en un servicio público, que daría lugar a gozar de los mismos beneficios de su competidor inmediato como es Adpostal.

De otra parte, bajo los conceptos de concesión, licencia y uso de licencia se esconden claros propósitos de eliminar derechos constitucionales que tutelan la actividad desarrollada por las empresas de mensajería especializada, ya que en relación con éstas no se da técnica ni jurídicamente hablando, el fenómeno de la concesión, no sólo porque ésta confiere a una o más personas extrañas a la administración nuevas capacidades o poderes, lo que significa que el servicio concedido ya no lo podrá seguir prestando la administración, sino también porque dichas empresas operaban desde antes de la expedición del decreto acusado y en vez de conferirle nuevos derechos se elimina los que venía operando libremente.

La concesión de obra pública es una concesión de servicio público en la que el concesionario se compromete a hacer funcionar el servicio, previa la construcción por sí mismo y a sus expensas de las obras públicas necesarias para dicho funcionamiento. No es comprensible entonces, cómo el Estado se apropia de una actividad que libremente desarrollan los particulares para imponerle condiciones, requisitos y cánones por su ejercicio, pretendiendo revivir un monopolio que constitucionalmente desapareció con la expedición de la Constitución de 1991. Ni tampoco lo es el otorgamiento de una licencia cuando el mismo Constituyente fue muy claro en reconocer la libre competencia como derecho subjetivo de todo el que desee ser empresario en el marco de la economía de mercado, sin necesidad de permisos ni requisitos previos.

### **Segundo Cargo.** Violación del artículo 78 de la Carta Política.

“Básicamente esta disposición apunta a tutelar los derechos de la comunidad en el sentido de que esta no se vea afectada en su salud, seguridad y en el aprovisionamiento a consumidores y usuarios de bienes y servicios.

## SECCION PRIMERA

“Al exigir condiciones, requisitos y pago de cánones para el ejercicio de la actividad de la Mensajería Especializada las normas acusadas, en último término; en vez de proteger a la comunidad la afectan por cuanto en la medida en que se hace más dispendiosa, gravosa y costosa el ejercicio de una actividad, los aumentos en términos de costos, se trasladarán al usuario”.

### **Tercer Cargo.** Violación de los artículos 113 y 121 de la Constitución Política.

La exigencia, por un decreto reglamentario, de requisitos tales como el pago de cánones por el otorgamiento y uso de las licencias, por la explotación de una concreta actividad lícita, viola abiertamente el espíritu y el contenido de las disposiciones constitucionales que confieren a las diferentes autoridades de la República autonomía y competencias delimitadas para el ejercicio de las distintas funciones que les atribuyen la Constitución y la ley.

El señalamiento de requisitos para el ejercicio de una actividad que se encuentre dentro de la órbita de la libre iniciativa privada, según la Constitución, tiene reserva legal, por lo cual, es al legislador y no al ejecutivo a quien le incumbe establecer tales requisitos.

### **Cuarto Cargo.** Violación de los artículos 150 numerales 11 y 21 y 189 numeral 11 de la Constitución.

Los artículos del decreto cuya nulidad se impetra fueron mucho más allá de las leyes que se pretenden reglamentar, pues su contenido está referido a asuntos de naturaleza legislativa.

Además, “al no estar ni implícita ni explícitamente permitida en la ley de autorizaciones, prohibición como la contenida en el artículo 43, esta disposición resulta abiertamente inconstitucional e ilegal”, ya que desnaturaliza la libertad económica y constituye un desestímulo para la iniciativa individual.

### **Quinto Cargo.** Violación de los artículos 334 y 336 de la Constitución Nacional.

El servicio de mensajería especializada no es una actividad en la que tenga que intervenir el Estado mediante la concesión de licencias, por cuanto su ejercicio se desarrolla con apoyo en el mandato constitucional de libertad de la actividad económica y la iniciativa privada. Por tal motivo la misión del Estado en virtud del artículo 333 de la Constitución Nacional es la de impedir que dicha libertad económica se obstruya o restrinja. Función que no está cumpliendo al exigir condiciones, requisitos, licencias y pagos de cánones, lo mismo que al obligar a los órganos del Estado a contratar el transporte del correo nacional o internacional a través de la red oficial, obstaculizando así, la libre circulación de los servicios que se ofrecen por medio de esta actividad.

### **Sexto Cargo.** Violación del artículo 338 de la Constitución y 11 del Decreto 2622 de 1994.

Es al legislador ordinario a quien la Constitución le ha otorgado la facultad de imponer contribuciones fiscales o parafiscales, la de fijar directamente los sujetos activos y pasivos, los hechos, las bases gravables y las tarifas de los impuestos. Por tal razón es incuestionable que a través de un decreto reglamentario se estableció un impuesto a la actividad de la mensajería especializada, al exigirle un canon del 4% de sus ingresos brutos de explotación por concepto del uso de licencia en forma trimestral.

Igualmente, los citados cánones, en la práctica tienen la connotación de un impuesto que, por exigirse únicamente de ellas, esto es, por gravar a parte de unos agentes económicos cuyo objeto social es el transporte de cosas, son inconstitucionales.

Finalmente, en “virtud del artículo 11 del Decreto 2622 de 1994 el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Comunicaciones, tenía la obligación y correlativamente las Empresas de Mensajería Especializada tenían el derecho, de que se fijaran los controvertibles e inconstitucionales cánones por concepto del uso de la licencia, previo un estudio de consultoría que determinara los costos, no sólo económicos sino sociales del canon a cobrar. Pues bien, descatando sus propias disposiciones, ...el Gobierno fijó el canon inconsulta y arbitrariamente, puesto que no se realizó ningún estudio de consultoría limitándose, tal vez, a tener en cuenta un proyecto de correo social elaborado por funcionarios al servicio del mismo Ministerio de Comunicaciones”.

### **c. Las razones de la defensa**

Ellas son, en síntesis, las siguiente, expresadas en la contestación de la demanda y en el alegato de conclusión (fls. 52 a 61 y 158 a 167):

Luego de hacer referencia a las normas acusadas, al artículo 37 de la Ley 80 de 1993, al fallo de fecha 11 de septiembre de 1995 proferido por esta Sección en el proceso número 3236, al artículo 1º del Decreto 2563 de 1985 y a los artículos de la Constitución cuya violación predica el actor, la entidad demandada manifiesta básicamente lo siguiente:

En cuanto al “...contenido del artículo 24 del Decreto 229 no debemos pronunciamos por cuanto esta disposición ya ha sido objeto de estudio por parte del honorable Consejo de Estado...”.

En relación con el artículo 43 del acto acusado “Consideramos que en ningún momento la disposición allí contenida está en contradicción por cuanto, el único requisito que deben cumplir las entidades tales como los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, etc., es el de enviar su correspondencia a través de la red oficial y como ya lo expresamos esta red está conformada por los recursos utilizados para la admisión, clasificación y entrega de los envíos de correspondencia y otros objetos postales, que autorice el Ministerio de Comunicaciones para la prestación de los servicios de correos nacionales e internacionales, mediante contrato de concesión.

## SECCION PRIMERA

Es así, como cualquier persona puede, acreditando los requisitos, participar en el proceso de selección objetiva, tendiente a la adjudicación del contrato de concesión, para la prestación del servicio de correo, de conformidad con lo previsto por la Ley 80 de 1993". Con estos argumentos no encontramos violación a los artículos 2º, 13, 58, 334 y 336 de la Constitución Política, pues como se puede apreciar, con las normas impugnadas lo único que pretende la Nación-Ministerio de Comunicaciones es, entre otras cosas, promover la prosperidad general, permitir la participación de todos los ciudadanos en la actividad económica y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Además, no se está atentando "contra la propiedad privada ni contra los derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles de ninguna persona, es más el Decreto 75 de 1984 y el Decreto 2563 de 1985 tenían prevista la obligación de las entidades del Estado de hacer sus envíos de correo únicamente por la Administración Postal Nacional -Adpostal-, hoy la nueva disposición permite la apertura, obligando a las entidades, a que se refiere el artículo 43 del Decreto 229 de 1995, a enviar sus despachos de correo nacional e internacional a través de la red oficial, que no es Adpostal por cuanto la Ley 80 de 1993 establece como especie del género Servicios Postales, el correo y preceptúa que la concesión para prestar estos servicios se concederá mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la misma ley".

"Por lo que se refiere a la presunta violación del artículo 338 de la Constitución Política, invocada por el actor,... el honorable Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Magistrado Ponente, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez (fallo del 11 de septiembre de 1995) se pronunció al respecto, por lo cual nos abstenemos de controvertir los planteamientos expuestos por el actor".

### **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 11 de agosto de 1995 se dispuso la admisión de la demanda y se ordenó el trámite de rigor (fls. 38 a 40).

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 (fls. 168 a 170), la parte demandada (fls. 158 a 167) y el mencionado funcionario (fls. 171 a 175).

## **II. -EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

En el escrito que lo contiene (fls. 171 a 175), el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación solicita se declare configurada la excepción de cosa juzgada con respecto de la pretensión anulatoria del artículo 24, y la no prosperidad del cargo en relación con la nulidad del artículo 43, de los actos acusados, por las siguientes razones:

“La Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 11 de septiembre de 1995, con ponencia del doctor Libardo Rodríguez Rodríguez denegó las súplicas de la demanda instaurada por el ciudadano Luis Carlos Sáchica 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.

“El actor argumentó en esa oportunidad que el artículo 24 del citado decreto violaba los artículos 338, 339, 2º y 113 de la Carta Política, coincidiendo con los argumentos que sirvieron de fundamento al demandante en el proceso objetivo de estudio. Al existir identidad formal y material en la causa petendi, se configura la excepción de cosa juzgada...”.

En relación con el segundo precepto acusado, el artículo 43, es apenas natural que el Estado disponga de sus propios servicios para determinadas actividades, cuando los requiera, los utilice y no acuda a los que le pueden ofrecer otros terceros particulares. Por ello se considera que no se desconocen los fines esenciales del Estado, ni la igualdad de las personas ante la ley.

Manifiesta además, “que el Decreto 2622 de 1994 que cita de manera genérica e inapropiada como violado el actor, fue derogado expresamente por el artículo 45 del Decreto 229 de 1995”.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala en primer término pronunciarse sobre la excepción de cosa juzgada propuesta por el señor Procurador Primero Delegado ante esta corporación respecto del artículo 24 del Decreto 229 de 1995, cuya declaratoria de nulidad se impetra.

El señor Agente del Ministerio Público solicita se declare probada dicha excepción, por cuanto en sentencia de 11 de septiembre de 1995, recaída dentro de proceso número 3236, esta Sección denegó las súplicas de la demanda instaurada en ejercicio de la acción de nulidad por el ciudadano Luis Carlos Sáchica Aponte contra el artículo 24 del Decreto 229 de 1995, entre otras de sus disposiciones. Manifiesta que “el actor argumentó en dicha oportunidad que el artículo 24 del citado decreto violaba los artículos 338, 339, 2º y 113 de la Carta Política coincidiendo con los argumentos que sirvieron de fundamento al demandante en el proceso objeto de estudio”, por lo cual, “al existir identidad formal y material en la causa petendi, se configura la excepción de cosa juzgada”.

Ahora bien, de la lectura de la mencionada sentencia la Sala observa que frente a los cargos de violación de los artículos 338, 339, 2º y 113 de la Carta Política formulados en contra del citado artículo 24, esta Sección se pronunció concretamente al reiterar lo expresado por ella en sentencia de 16 de junio de 1995, proferida dentro del

## SECCION PRIMERA

proceso número 3056, Actor: Luis Carlos Sáchica Aponte, cuyo ponente lo fue el Consejero doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz, y en la cual se analizaron, en esencia, las mismas acusaciones que aquí se plantean frente a la indicada disposición del Decreto 229 de 1995, cuyas regulaciones son análogas a las contenidas en el artículo 24 del Decreto 1697 de 1994, el cual fue objeto de demanda en el indicado proceso, entre otras de las normas que lo integraban. En efecto, en la citada sentencia del 11 de septiembre de 1995 se expresó lo siguiente:

“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 ”.

De lo anterior resulta que si bien la decisión adoptada en la Sentencia de 11 de septiembre de 1995 produce los efectos de cosa juzgada en cuanto a la alegada violación de los artículos 2º, 113 y 338 de la Carta Política, a que hacen referencia los cargos primero, tercero y sexto de la demanda, entre otras disposiciones, a cuya declaratoria se procederá en la parte resolutoria de este fallo, los mencionados efectos no pueden extenderse a las demás normas cuyo desconocimiento atribuye el actor al

citado artículo 24 por cuanto ninguna de ellas se analizó en dicha providencia de manera concreta y directa respecto del indicado acto.

En consecuencia, se procede al estudio y definición de las restantes acusaciones formuladas en la demanda.

En relación con los cargos primero y quinto. En ellos se discute que los actos acusados son violatorios de los artículos 13, 58, 334 y 336 de la Carta Política debido a que la mensajería especializada no forma parte del servicio postal sino del género del contrato de transporte; que no puede ser intervenido por el Estado por ser de carácter particular y no constituir un monopolio y que desconoce el principio de igualdad al dar un trato preferencial a Adpostal frente a las empresas de mensajería especializada en cuanto a los cánones postales.

Sobre el particular, la Sala observa lo siguiente:

El inciso 1° 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 de servicio de mensajería especializada”.

La Corte Constitucional en sentencia C-407/94 de 15 de septiembre de 1994 (actor: Luis Carlos Sábica Aponte, Magistrado Ponente, doctor Alejandro Martínez Caballero), al estudiar la demanda de inexecutable 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 del 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

## SECCION PRIMERA

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 número 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 un 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 antes citado determinó que el correo particular (arts. 384 a 410) sólo 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 número 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 número 3267 de 1963, expedido en el 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 número 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 4°. El servicio del 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 7°. 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.

## SECCION PRIMERA

“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 número 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 prohíja, aunado al hecho evidente de que en el parágrafo 1º del artículo 24 de Decreto 229 de 1995 se sujeta a Adpostal al pago de los mismos cánones establecidos en la misma norma para las demás personas naturales o jurídicas que obtengan concesiones para prestar el servicio postal de mensajería especializada, desvirtúan los cargos primero y quinto del libelo demandatorio.

En relación con el segundo cargo, en el cual se invoca como quebrantado el artículo 78 de la Carta Política la Sala considera que no tiene vocación de prosperidad, pues el concepto de violación que explica el demandante y las consecuencias que atribuye a los actos acusados en nada se relacionan con los mandatos de dicha norma constitucional, que defieren a la ley la regulación del control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad y la información que debe suministrarse

al público en su comercialización, y consagran la responsabilidad de "...quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios..."

Por consiguiente el cargo no prospera.

En relación con el tercer cargo, y en cuanto a la discutida violación del artículo 121 de la Carta Política, con el argumento de que el Gobierno no podía mediante decreto reglamentario exigir requisitos tales como el pago de cánones del servicio de mensajería especializada a las personas que obtengan concesión para la prestación del mismo, la Sala considera que no está llamado a prosperar, toda vez que la misma Ley 80 de 1993 en su artículo 37 facultó expresamente 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...", 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 primero y quinto, y para fijar "...los derechos, tasas y tarifas que regularán las concesiones y licencias para la prestación de los servicios postales".

Por lo tanto, no prospera el cargo.

En relación con el cuarto cargo. A pesar de que en él se aduce el quebrantamiento de los artículos 150 numerales 11 y 21, y 189 numeral 11 de la Carta Política, y habida cuenta que el concepto de violación que explica el actor sólo guarda correspondencia con la potestad reglamentaria atribuida al Presidente de la República por el citado artículo 189 numeral 11 de la Constitución, la Sala entiende que únicamente es esta última norma la que se invoca como violada por los actos acusados.

Bajo tal entendimiento, y en los relativos a la primera parte del cargo, la Sala, como fundamento para denegar su prosperidad, se remite a lo expresado en el análisis del cargo precedente.

En cuanto a la acusación formulada en contra del artículo 43 del Decreto 229 de 1995, la Sala observa y considera lo siguiente:

Dispone la indicada norma:

"Artículo 43. Los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deberán transportar su correo nacional e internacional a través de la red oficial de correos de conformidad con el artículo 10 del Decreto 75 de 1984".

A su vez, el artículo 10 del Decreto 75 de 1984, al cual se refiere el acto acusado es del siguiente tenor:

"Artículo 10. Sin perjuicio de lo indicado en el literal f) del artículo 7º, dentro de una misma ciudad los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superinten-

## SECCION PRIMERA

dencias, Institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional están obligados a enviar su correspondencia, recibos de servicios y avisos de todo tipo con la dirección del destinatario, por medio de la Administración Postal Nacional, 'Adpostal'; la misma regla se observará para el correo terrestre interurbano, y la correspondencia destinada al interior y exterior del país, vía aérea será enviada por intermedio de la entidad que esté debidamente autorizada."

La disposición anteriormente transcrita fue modificada por el artículo 1° del Decreto 2563 de 1985, en los siguientes términos:

"Artículo 1°. Modifícase el artículo 10 del Decreto 75 de 1984 así: Artículo 10. Sin perjuicio de lo establecido en el literal f) del artículo 7° del Decreto 75 de 1984, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, las entidades territoriales descentralizadas de todos los órdenes administrativos, deberán remitir los envíos de correspondencia y objetos postales incluidos dentro del monopolio postal a nivel urbano, nacional e internacional, a través de la Administración Postal Nacional -Adpostal- de conformidad con las disposiciones reglamentarias que al efecto se dicten para regular la prestación de diversas modalidades de correo".

Por su parte, el artículo 3° del Decreto 229 de 1995 determina lo que debe entenderse por "red oficial de correos", a través de la cual el artículo 43 *ibidem* señala que los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Institutos descentralizados y demás entidades oficiales y semioficiales del orden nacional deberán transportar su correo nacional e internacional. Dispone la indicada norma:

"Artículo 3°. RED OFICIAL. La red oficial de correos se encontrará constituida por todos los recursos utilizados para la admisión, clasificación y entrega de los envíos de correspondencia y otros objetos postales, que autorice el Ministerio de Comunicaciones para la prestación de los servicios de correos nacionales e internacionales mediante contrato de concesión. Toda concesión para la prestación de servicios de correos deberá incluir la aprobación de una red oficial que garantice la universalidad del servicio".

Finalmente, el párrafo 1 del artículo 37 de la Ley 80 de 1993 dispone lo siguiente:

"Párrafo 1. La prestación de los servicios de correos se considera mediante contrato, a través del procedimiento de selección objetiva de que trata la presente ley".

De la interpretación armónica y sistemática de las normas que se han referido, para la Sala es indubitable que el artículo 43 acusado no excede en momento alguno el marco de las normas reglamentadas, pues si bien el artículo 10 del Decreto 75 de 1984, modificado por el artículo 1° del Decreto 2563 de 1985, prevé que las entidades del

Estado deben hacer sus envíos de correo por Adpostal, "...de conformidad con las disposiciones reglamentarias que al efecto se dicten para regular la prestación de las diversas modalidades de correo", al disponerse en el citado artículo 43 del Decreto 229 de 1995, norma también de carácter reglamentario, que tales envíos se realicen a través de la "red oficial de correos", que, como se vio está conformada por todos los recursos utilizados para la admisión, clasificación, y entrega de los envíos de correspondencia y otros objetos postales, que autorice el Ministerio de Comunicaciones para la prestación de los servicios de correos nacionales e internacionales mediante contratos de concesión, de ello resulta que cualquier persona natural o jurídica puede, acreditando los requisitos que señalan las normas, participar en el proceso de selección objetiva con la finalidad de obtener la adjudicación del contrato de concesión para la prestación de los servicios de correos, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 80 de 1993, como lo plantea la entidad demandada, y, en consecuencia, estar en igualdad de condiciones con Adpostal para que las entidades oficiales y semioficiales a que se refiere el artículo demandado utilicen sus servicios para el transporte de correo.

En consecuencia, el cargo no prospera.

En relación con el sexto cargo, y en cuanto tiene que ver con la acusación de desconocimiento del artículo 11 del Decreto 2622 de 1994 por parte del artículo 24 literal b) del Decreto 229 de 1995, con el argumento de que el canon del 4% allí establecido por concepto de uso de las licencias para la prestación del servicio postal de mensajería especializada se fijó de manera arbitraria por el Gobierno Nacional, "...puesto que no se realizó ningún estudio de consultoría limitándose, tal vez, a tener en cuenta un proyecto de correo social elaborado por funcionarios del mismo Ministerio de Comunicaciones", la Sala considera que no está llamado a prosperar, por la potísima razón de que dentro de las reglas que gobiernan el principio de jerarquía de las normas positivas de derecho, consagradas en el artículo 240 del Código de Régimen Político y Municipal, no tiene cabida lo que preconiza el actor, es decir, que una norma jurídica sea susceptible de ser violada por otra que no sólo tiene la misma categoría, para el caso de naturaleza reglamentaria, sino que, además, fue expresamente derogada junto con las demás normas del Decreto 2622 de 1994 por el artículo 45 del decreto parcialmente acusado. Es por ello que el actor, al fundamentar el cargo en la forma señalada, incurre en una evidente falta de técnica jurídica que lo conduce a desconocer la estructura piramidal del ordenamiento jurídico nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, la Sala hace notar al actor que mediante providencia de 19 de octubre de 1995 se abrió a pruebas el proceso, y dentro de las decretadas se ordenó oficiar al Ministerio de Comunicaciones a fin de que informara "...si para determinar en un 4% el canon por concepto de uso de las licencias para la prestación del servicio postal de mensajería especializada, de que da cuenta el literal b) del artículo 24 del Decreto 229 de 1995, el Gobierno Nacional se basó en las recomendaciones y conclusiones del estudio de consultoría previsto en el artículo 11 del Decreto 2622 de 1994 y, en caso afirmativo remita copia de dicho documento" (fls. 121 a 122), y que a

## SECCION PRIMERA

tal solicitud se dio respuesta mediante oficio de 29 de noviembre del mismo año, con el cual se remitió con destino al proceso "...el documento que contiene el estudio de consultoría previsto en el artículo 11 del Decreto 2622 de 1994, en cuyas recomendaciones se basó el Gobierno Nacional para determinar en un 4% el canon por concepto de uso de las licencias para la prestación del servicio postal de mensajería especializada, de que da cuenta el literal b) del artículo 24 del Decreto 229 de 1995" (fls. 124 y 125 a 154).

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.** DECLARASE PROBADA PARCIALMENTE la excepción de cosa juzgada en relación con los cargos de violación de los artículos 2º, 113 y 338 de la Carta Política que se formulan en contra del artículo 24 del Decreto 229 de 1995, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo.** DENIEGANSE las demás súplicas de la demanda.

**Tercero.** Devuélvase la suma depositada para gastos ordinarios del proceso o su remanente.

**Cuarto.** 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 siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Libardo Rodríguez Rodríguez, Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** La sentencia del 11 de septiembre de 1995, se refiere al expediente 3236 de la sección primera del Consejo de Estado.

**NOTA DE RELATORIA:** Transcribe Aparte de la sentencia del 11 de septiembre de 1995 C-407, actor Luis Carlos Sáchica Aponte, C.P., doctor Alejandro Martínez.

**SECTOR AGRICOLA / CONTROL A LAS IMPORTACIONES / LIBRE COMPETENCIA / LIBERTAD ECONOMICA / INTERVENCION ECONOMICA - Alcance**

Los principios de actividad económica libre y la iniciativa privada como pilares básicos de la economía de mercado deben moverse “dentro de los límites del bien común”, por lo cual la ley, como expresión de la voluntad general, y con fundamento en ella el reglamento, podrán autorizar la exigencia de permisos previos o requisitos especiales en su ejercicio. Los principios consagrados en el artículo 333 deben ser interpretados armónicamente con aquellos otros consagrados en el artículo 65 de la Constitución, en donde se prescribe que “la producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado”, así como se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas y agroindustriales, entre otras.

Los artículos 334 y 65 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 6° de la Ley 101 de 1993, autorizan al Gobierno para expedir normas en materia de políticas que tienen que ver con la actividad económica, concretándose así la capacidad del Estado para intervenir, con fines de racionalización, en las distintas etapas del proceso económico, como son la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, incluida allí la actividad agropecuaria.

**SECTOR AGRICOLA / INTERVENCION ECONOMICA / MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL - Funciones / CONTROL DE LAS IMPORTACIONES / VISTOS BUENOS DE IMPORTACION**

El Decreto-ley 1279 de 1994, artículo 4°, entre las funciones que asigna al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se cuentan las siguientes: fijar las políticas para el desarrollo del sector agropecuario, con el fin de adecuarlo a la apertura económica; proteger la producción de alimentos; elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, y establecer fondos de estabilización de precios de los mismos así como determinar la política de precios de dichos productos. Y en el punto referido a la necesaria autorización legal para efectos de la intervención económica, como la que

## SECCION PRIMERA

se concreta a través del acto acusado, cabe observar que el literal ñ) de ese mismo artículo 4° autoriza al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para "...fijar de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, las reglas a las que debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por parte de la industria, y condicionar el establecimiento de licencias o vistos buenos de importación y permisos de exportación".

### VISTOS BUENOS DE IMPORTACION / DERECHO A LA IGUALDAD / PRESUNCION DE BUENA FE

El hecho de establecer requisitos para el otorgamiento de vistos buenos para la importación de productos oleaginosos, exigibles a todos los importadores, sin excepción alguna, como se desprende del contenido del artículo 1° acusado, no implica el desconocimiento del postulado que preconiza el artículo 13 de la Carta Política, ni mucho menos dejar sin oficio a los importadores y comercializadores (art. 26 *ibidem*), ni establecer monopolios en detrimento de estos últimos y en favor de los industriales (art. 336), ya que toda actividad está precedida normalmente del cumplimiento de requisitos o condiciones que posibiliten su ejercicio. La exigencia de documentos para obtener el visto bueno no se opone al principio de la presunción de la buena fe pues éste no puede ser sinónimo de exoneración del cumplimiento de los requisitos que se han previsto para el ejercicio de una actividad.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel Urueta Ayola*.

Radicación número 3352.

Referencia: Acción: Nulidad.

Actor: Andrés Fernández de Soto.

El ciudadano y abogado Andrés Fernández de Soto, en su propio nombre y en ejercicio de la acción prevista en el artículo 84 del C. C. A., solicita de esta Corporación la nulidad de la Resolución número 00045 de 25 de febrero de 1995, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, "por la cual se reglamenta el otorgamiento de los vistos buenos para la importación de semillas oleaginosas, grasas y aceites, se expide la metodología para la determinación del precio interno del aceite de palma africana y se reglamentan otras disposiciones".

**I. EL ACTO ACUSADO**

El acto acusado es del siguiente tenor:

“RESOLUCION 00045

El Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural,

CONSIDERANDO:

.....

RESUELVE:

**Artículo primero.** Para el otorgamiento de los vistos buenos a toda importación de los bienes clasificables en las partidas arancelarias que se enuncian en el párrafo primero de este artículo, contenidas en el artículo primero del Decreto 2439 de 1994, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tendrá en cuenta los siguientes criterios:

a) Que se dé un correcto proceso de absorción de la producción nacional de aceite crudo de palma africana;

b) Que el importador que hace la solicitud esté comprando el aceite crudo de palma africana en el mercado interno al precio adoptado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, de conformidad con lo previsto en el numeral 3 del artículo cuarto de la presente resolución;

c) Que el importador presente declaración juramentada en original, de conformidad con el modelo que determine el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en la que se exprese que el interesado ha realizado compras de aceite de palma de producción nacional al precio vigente en la fecha en la que éstas se realizaron.

**Parágrafo primero.**

Partidas arancelarias:

1201009000	1205009000	1206009000	1207999000
1208900000	1502001100	1502001900	1502009000
1503000000	1506001000	1506009000	1507100000
1507900010	1507900090	1511100000	1511900000
1512110000	1512190000	1512210000	1512290000
1513110000	1513190000	1513211000	1513291000
1514100000	1514900000	1515210000	1515290000
1515500010	1515500090	1515900000	1516100000
1516200000	1519110000	1519120000	

**Parágrafo segundo.**

El Director Técnico a cargo de la Dirección General de Comercio Exterior y Negociaciones Internacionales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, otorga-

## SECCION PRIMERA

rá previa solicitud del importador, los vistos buenos indicando la vigencia de los mismos.

**Artículo segundo.** Créase el Comité Asesor de Concertación Permanente de “Planificación, competitividad, calidad, abastecimiento y comercialización de la producción y procesamiento del aceite de palma africana, sus fracciones y derivados”, el cual se conformará así:

1. Tres representantes de los palmicultores designados por las asociaciones de productores que hayan suscrito el respectivo Convenio Marco.
2. Tres representantes de la industria designados entre los industriales que hayan suscrito el respectivo Convenio Marco.
3. Tres representantes del Gobierno Nacional designados por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

**Artículo tercero.** El Comité Asesor de que trata el artículo anterior cumplirá las siguientes funciones:

1. Estudiar y recomendar al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural los parámetros que regirán los acuerdos periódicos de regulación del mercado interno del aceite crudo de palma y sus fracciones, tales como incremento de precios al productor, cantidades domésticas a absorber y suministrar, cantidades a importar y exportar, sin que haya lugar al establecimiento de cupos individuales de importación y exportación.
2. Recomendar al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural la metodología para la determinación del precio mensual del aceite crudo de palma africana FOB plantación, para su adopción.
3. Estimar mensualmente, con base en la metodología adoptada por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el precio del aceite de palma africana FOB plantación y recomendarlo al Viceministro de Coordinación de Políticas para su adopción.
4. Sugerir al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural las modificaciones o adiciones, que considere convenientes, a las normas vigentes sobre los parámetros técnicos y de calidad de aceite de palma africana.
5. Sugerir al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural la adopción de planes, programas o medidas de política sectorial encaminados a mejorar los actuales niveles de productividad y competitividad de la producción de aceite crudo de palma africana, sus fracciones y derivados.
6. Las demás que le fije el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

**Artículo cuarto.** El Comité Asesor de que trata el artículo anterior tendrá el siguiente reglamento:

1. El Comité Asesor será presidido por quien sea delegado para tal efecto por el Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural.

2. El Comité Asesor tendrá una Secretaría, la cual se rotará semestralmente entre los sectores industriales y agropecuarios que hacen parte del mismo.

3. Las recomendaciones del Comité Asesor se tomarán por unanimidad de sus miembros.

4. El Comité Asesor se reunirá, ordinariamente y de manera obligatoria, dentro de los primeros tres días hábiles de cada mes. También se podrá reunir de manera ordinaria, de acuerdo a un calendario que se fije el propio Comité y extraordinariamente, previa citación de quien lo preside, la cual deberá hacerse al menos con cinco días hábiles de anticipación.

5. Las reuniones ordinarias y extraordinarias del Comité Asesor se celebrarán en la sede del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Sin embargo, el Comité Asesor por unanimidad podrá celebrar la reunión en el sitio que previamente se acuerde.

**Artículo quinto.** Adóptase la metodología para estimar el precio del aceite crudo de palma FOB plantación, contenida en el anexo número 1 de la presente resolución, recomendada por el “Comité Asesor de planificación, calidad, competitividad, abastecimiento y comercialización del aceite de palma africana, sus fracciones y derivados” de que trata la Resolución 00756 del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

**Artículo sexto.** La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación. Derógase lo dispuesto en la Resolución 00756 de noviembre de 1994, expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para las partidas arancelarias referidas en el artículo 1° de la presente resolución”.

## II. DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION

El actor esgrime en contra del acto acusado los siguientes cargos de violación:

**Primer cargo.** Violación de los artículos 333, 334, 83 y 150, numeral 21 de la Constitución Política.

Respecto del artículo 333 de la Constitución Política, anota el demandante lo siguiente:

La resolución acusada obstruye la libre competencia económica y va en contravía del modelo económico consagrado en el artículo 333 de la Carta Política. A través de ella se adoptan mecanismos de fijación de precios que impiden que sea el libre juego de la oferta y la demanda el que determine las condiciones del mercado, imponiéndose restricciones a la libertad de competir, tales como la absorción a precios artificialmente impuestos de cosechas nacionales y el cumplimiento de una serie de requisitos sin

## SECCION PRIMERA

autorización de la ley. Luego el demandante agrega que dichas medidas "...distorsionan el mercado a la vez que contribuyen a desmejorar la eficiencia del aparato productivo nacional y dan al traste con la política de modernización, apertura e internacionalización de la economía".

Respecto de los artículos 334 y 150, ordinal 21:

El demandante afirma que "...el Estado sólo podrá intervenir en la economía para el logro de los fines que la Constitución señala y en cumplimiento de las órdenes que para tal efecto imparta el Congreso mediante leyes de intervención económica en las que se precisan los fines y alcances de la intervención, así como los límites a la libertad económica". Dichos límites sólo podrán imponerse cuando así lo exijan el interés social, el ambiente o el patrimonio cultural de la Nación, por lo que las restricciones y límites impuestos por la norma acusada, al ser establecidos sin que mediara una ley de intervención económica, resultan contrarios a las normas constitucionales citadas.

La resolución demandada impone unos requisitos que constituyen "...una limitación al derecho constitucional a competir libremente, comporta una verdadera intervención en la economía, establece requisitos previos para el ejercicio de la actividad económica sin autorización de una ley dictada por el Congreso de la República en uso de las facultades conferidas por el artículo 150 ordinal 21 de la Carta, con fundamento en razones de interés social, medio ambiente o patrimonio cultural de la Nación."

Respecto del artículo 83 de la Constitución Política, dice el demandante:

Además, dichos requisitos vulneran el principio de la buena fe contenido en el artículo 83 de la Constitución, se apartan del régimen probatorio señalado en la ley colombiana y dan al traste con el modelo constitucionalmente establecido para promover la apertura económica, la libre competencia, la internacionalización de la economía y la libertad de comercio.

Si el Ministerio de Agricultura desea conocer las cantidades de aceite de palma que cada industrial ha adquirido junto con su precio de compra, de conformidad con el artículo 83 de la Carta, debería bástar una simple declaración que el Ministerio podría corroborar con el examen de los libros y papeles de comercio que constituyen plena prueba. La declaración juramentada rompe el esquema probatorio y presume la mala fe de quien afirma haber realizado determinadas operaciones comerciales para acceder a la gracia de los vistos buenos ministeriales.

**Segundo cargo.** Violación de los artículos 1º, 2º numerales 1, 6 y 8, y 3º de la Ley 7ª de 1991:

Las normas en cuestión disponen que las disposiciones que en materia de comercio exterior deban dictarse, se enmarcarán estrictamente dentro del principio de la libertad de comercio internacional consagrado en la Ley 7ª de 1991, procurando en todo caso "la mayor libertad posible", de suerte que cualesquiera restricción o control,

sólo podría establecerse con carácter transitorio y encaminadas al fin específico de superar situaciones coyunturales de la economía.

La Resolución número 00045 de 1995 ha establecido sin el carácter transitorio y sin la correspondiente motivación acerca de las coyunturas que lo justifican, un sistema de restricción a las importaciones de las semillas oleaginosas, grasas y aceites, lo cual resulta contrario a las normas invocadas.

**Tercer cargo.** Violación de los artículo 46, 47 y 51 del Decreto-ley número 2153 de 1992:

El Gobierno Nacional expidió el Decreto-ley número 2153 de 1992, en uso de las atribuciones del artículo 20 transitorio de la Constitución, para reestructurar la Superintendencia de Industria y Comercio y adecuar el régimen de competencia económica a las nuevas previsiones constitucionales. Por medio de ese decreto se prohíben los acuerdos que afecten la libre competencia, entre ellos, los que tengan por objeto o como efecto la fijación de precios, el reparto de mercados, la asignación de cuotas de producción o de suministro y la asignación, reparto o limitación de fuentes de abastecimiento de los insumos productivos. La resolución demandada, a horcajadas sobre el convenio celebrado entre Fedepalma y algunos industriales, establece claras formas de obstrucción a la libre competencia, violando el Decreto-ley número 2153 de 1992 que considera nulos, por objeto ilícito, los convenios que dan lugar a la fijación artificiosa de precios.

**Cuarto cargo.** Violación del artículo 13 de la Carta Política, en concordancia con los artículos 26 y 336 *ibidem*:

De la norma demandada sólo puede concluirse que el visto bueno será otorgado a los compradores del aceite crudo de palma, en el mercado interno, al precio fijado por el Ministerio de Agricultura y que, por lo mismo, será negado a quienes no cumplan este requisito, es decir, a todos los demás, a pesar de que no exista ley alguna que por razones de interés social, ambiente o patrimonio cultural de la Nación condicione el otorgamiento de permisos de importación a la suscripción de acuerdos privados ni a la absorción de cosechas nacionales, estableciéndose así un régimen discriminatorio, lo que tipifica una violación del artículo 13 de la Carta, pues no puede haber régimen de libertad para algunos y de control o restricción para otros, ni puede ser expedito el visto bueno que se imparta para unos, y lento, engorroso o negado para los demás, sin violar el principio de igualdad.

El aceite crudo de palma, agrega el actor, sólo es adquirido por quienes poseen fábricas destinadas a su procesamiento. Por ello, en virtud de la resolución demandada los comerciantes que lícitamente se dedican a la importación y comercialización de grasas y aceites se han quedado sin oficio, con lo que de paso, al excluirlos de la competencia se ha dado lugar a la creación de un monopolio en favor de los industriales para la comercialización de los productos a que la norma se refiere.

## SECCION PRIMERA

*Quinto cargo.* Violación del artículo 14 numerales 7 y 12 de la Ley 7ª de 1991 y de los artículos 121 y 6 de la Constitución Política:

La Ley Marco de Comercio Exterior creó el Consejo Superior de Comercio Exterior, el cual es la entidad facultada para determinar los trámites y requisitos que deben cumplir las importaciones y exportaciones de bienes, de tal suerte que la Resolución número 00045 de 1995 al señalar las condiciones bajo las cuales se otorgaría el visto bueno a las importaciones de los bienes clasificables en las partidas arancelarias en ella relacionadas, usurpó facultades del Consejo Superior y con ello de paso quebrantó el artículo 121 de la Carta, según el cual, ninguna autoridad podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, así como el artículo 6° *ibidem*, que prescribe que los particulares sólo son responsables por infringir la Constitución y las leyes y los servidores públicos por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

### III. ACTUACION

Mediante proveído de 15 de junio de 1995 se admitió la demanda y se denegó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

El auto admisorio de la demanda se notificó al Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, quien, a través de apoderado, contestó así la demanda:

De los antecedentes constitucionales y legislativos se colige que con las facultades otorgadas al legislador extraordinario, éste podía dictar las normas contenidas en el Decreto número 1279 de 1994, las cuales fueron el fundamento para la expedición de la Resolución número 00045 de 1995.

Con la exigencia de los requisitos contenidos en el artículo 1° de la resolución impugnada —para el otorgamiento de vistos buenos a las importaciones— no se está desconociendo el artículo 83 de la Constitución.

El principio allí contenido no implica la ausencia de trámites ante las autoridades públicas. Los postulados de la buena fe no exoneran a las personas del cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a un derecho.

De acuerdo con los antecedentes que originaron la resolución acusada, se puede establecer que su expedición obedeció a la necesidad de tomar medidas transitorias de política comercial para solucionar los problemas más críticos del sector agropecuario, tal como quedó establecido en el Documento número 2723 aprobado por el Conpes el 17 de agosto de 1994.

Los mecanismos utilizados por el Gobierno y contenidos en parte en la Resolución número 00045 para reactivar el sector se adoptaron en cumplimiento de claros preceptos legales como son la Ley 101 de 1993 y el Decreto-ley 1279 de 1994 y en disposiciones constitucionales especiales contenidas en el artículo 65, cuyo texto demanda en forma directa la especial protección del Estado a la producción de alimentos.

Dichas medidas no vulneran la Ley Marco de Comercio Exterior y por el contrario la desarrollan.

Frente a la violación del Decreto-ley número 2153 de 1992, es importante traer a colación apartes de la respuesta que el Ministro de Agricultura dio a los señores Lloreda Grasas S. A.:

“Con respecto a lo afirmado por ustedes sobre los ‘...acuerdos expresa e inequívocamente considerados como actos de competencia desleal en el Capítulo V del Decreto 2153 de 1992’, es preciso hacer referencia a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 1° de la Ley 155 de 1959, cuyo texto señala que ‘El Gobierno, sin embargo, podrá autorizar la celebración de convenios que no obstante limitar la libre competencia, tengan por fin defender la estabilidad de un sector básico de la producción de bienes o servicios de interés para la economía general’ y reiterar la facultad para la suscripción de convenios señalada en el literal ñ) del artículo 4° del Decreto 1279 de 1994, a la cual se hizo alusión anteriormente.

La finalidad prescrita en las normas citadas es precisamente la que persigue el Gobierno Nacional con la política de absorción de cosechas y, en particular, con la suscripción del Convenio Marco para la absorción y el suministro de la producción nacional de aceite de palma africana. En efecto, los convenios de absorción de la producción nacional hacen parte de la estrategia de acción inmediata, puesta en marcha con el fin de proporcionar seguridad a los productores de aquellos bienes agrícolas cuyo mercado interno, no obstante los demás mecanismos de estabilización, acusa imperfecciones que es necesario solucionar con miras a facilitar la adecuación de las respectivas cadenas productivas a las condiciones de una economía plenamente abierta”.

El objetivo de las medidas adoptadas es mejorar la rentabilidad de la actividad agropecuaria, promover su desarrollo y dar seguridad al sector agroindustrial. Con estos mecanismos no se está desconociendo al artículo 13 de la Constitución, porque se garantiza la igualdad de todos los productores y procesadores de aceite de palma africana para participar en todas las ventajas que el Gobierno le ofrece.

Tampoco le asiste razón al demandante cuando afirma que el régimen de vistos buenos constituye un monopolio, porque el Convenio Marco de Absorción no prohíbe a aquellos cultivadores y procesadores de aceite de palma africana que no lo han firmado adherirse al mismo y gozar de sus prerrogativas; más bien abre el camino para hacerlo, tal y como lo establece su cláusula décima primera. Pero además para quienes no se acojan a él, “El Gobierno les otorgará mejores condiciones” (cláusula décima).

De otra parte, no es cierto que los vistos buenos para las importaciones se concedan solamente a aquéllos que suscriban el Convenio de Absorción. Al respecto es importante conocer la política expresada por el Ministro de Agricultura, en la comunicación dirigida a Lloreda Grasas S. A., antes citada:

## SECCION PRIMERA

“Por ello, la suscripción y el cumplimiento de lo estipulado en el respectivo convenio, de suyo hace que se cumpla el requisito exigido en el citado artículo 1°. (Resolución 00756 de 1994), permitiendo, en consecuencia, el otorgamiento inmediato del correspondiente visto bueno por parte de este Ministerio.

En situación diferente a la señalada, esto es, para los casos en que no se hubiere suscrito convenio previo, el otorgamiento del visto bueno solicitado deberá estar precedido del cumplimiento de la exigencia prevista en el artículo 1° de la Resolución 00756 de 1994, es decir, de la verificación de “...que se dé un correcto proceso de absorción...” de las correspondientes cosechas, lo cual implica, por parte de este Ministerio, diferentes acciones que demandan espacios considerables de tiempo para su cabal ejecución, dada la necesidad de confrontar la coherencia de la información suministrada para estos efectos por diferentes fuentes. Una vez comprobado ello, se procede al otorgamiento de dicho visto bueno. Es pues evidente que el otorgamiento de los vistos buenos responde a la necesidad de verificar el funcionamiento correcto del mercado y no se trata de una práctica arbitraria, máxime si se considera que para otros productos, como es el caso del frijol y de la torta de soya, la solicitud de su aplicación ha partido del sector privado”.

Finalmente, es de anotar que la competencia para expedir la resolución demandada es del Ministerio de Agricultura, pues además de las recomendaciones del Conpes para desarrollar el programa de modernización agropecuaria y rural, de la decisión adoptada por el Consejo Superior de Comercio Exterior, de la orden impartida al Ministro de Agricultura a través del Decreto 2439 de 1994, artículo 3°; el literal ñ) del artículo 4° del Decreto 1274 de 1994 le señala al Ministro de Agricultura la facultad precisa para dictar la Resolución número 0045 de 1995 y así establecer los requisitos para el otorgamiento de vistos buenos a las importaciones de algunos productos agropecuarios.

No hay que olvidar que el Decreto 1279 de 1994 es una disposición con rango de ley por haber sido expedida en uso de facultades extraordinarias y de carácter especial para el sector agropecuario.

### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La señora Procuradora Segunda Delegada ante esta Corporación es partidaria de que no se acceda a las súplicas de la demanda, para lo cual expone lo siguiente:

La Resolución número 00045 de 1995 se fundamentó en la Ley 101 de 1993, en el Decreto-ley 1279 de 1994 y en el Decreto 2439 del mismo año.

A partir de 1991, el mejoramiento del ingreso y la calidad de vida de los campesinos es un propósito constitucional consagrado en los artículos 64, 65 y 66, en cuyo desarrollo fue expedida la Ley 101 de 1993, la cual en su artículo 98 concedió facultades extraordinarias al Presidente de la República para reestructurar administrativa y

operacionalmente el Ministerio de Agricultura, con miras a adecuarlo a los propósitos constitucionales y legales relacionados con la producción agropecuaria y pesquera y la comercialización de los respectivos productos.

Este mandato de adecuación del Ministerio de Agricultura fue cumplido por el Presidente de la República mediante la expedición del Decreto 1279 de 1994, en el cual se fijan entre otras funciones, las contempladas en los literales l) y ñ) del artículo 4°.

Posteriormente, el Presidente de la República mediante el Decreto 2439 de 1994 acogió la recomendación del documento Conpes número 2723 del 17 de agosto de 1994 para celebrar convenios de absorción, a fin de ordenar la comercialización de productos agropecuarios dentro del programa de modernización del sector y, consiguientemente, adoptó medidas de comercio exterior para el sector agropecuario, imponiendo vistos buenos del Ministerio de Agricultura para la importación de determinados productos agropecuarios y pesqueros.

Finalmente, el Ministerio de Agricultura, en cumplimiento de la normatividad anterior, profirió la resolución demandada que sólo está dirigida al cumplimiento de la Constitución y las leyes.

## V. LA DECISION

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

## CONSIDERACIONES

A pesar de que el acto acusado fue transcrito en el capítulo primero de esta sentencia, la Sala considera oportuno resumir su contenido, lo que hace en los términos siguientes:

El artículo primero establece los criterios que debe emplear el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para el otorgamiento de los vistos buenos para la importación de los bienes clasificados en las partidas arancelarias que enuncia el parágrafo de ese mismo artículo.

Esos criterios se refieren a la necesidad de que se dé un correcto proceso de absorción de la producción nacional de aceite crudo de palma africana, mediante la compra que los importadores hagan de dicho producto en el mercado interno, al precio adoptado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, lo cual deberá ser declarado por el interesado bajo la gravedad del juramento.

El artículo segundo crea el Comité Asesor de Concertación Permanente de "Planificación, competitividad, calidad, abastecimiento y comercialización de la producción y procesamiento del aceite de palma africana, sus fracciones y derivados; el artículo tercero señala las funciones del referido Comité; el artículo cuarto establece la conforma-

## SECCION PRIMERA

ción del mismo, y el artículo quinto adopta la metodología para estimar el precio del aceite crudo de palma FOB plantación, recomendada por dicho Comité Asesor.

### 1. El origen de la resolución acusada

Para efectos de un análisis circunstanciado del acto que se acusa, veamos previamente cuál fue su origen.

El Consejo Nacional de Política Económica y Social –Conpes–, mediante el Documento 2723 de agosto 17 de 1994, trazó un Programa de Modernización Agropecuaria y Rural, orientado, dice el documento “...a elevar la competitividad del sector para adecuarlo a la política de internacionalización de la economía, a consolidar su reactivación, a promover su desarrollo sostenido y sostenible, y a mejorar las condiciones de vida de la población rural, en un marco de concertación con los gremios de la producción y con las organizaciones campesinas”.

A pesar del crecimiento global satisfactorio del Producto Interno Bruto del sector agropecuario (5.7%, sin café), en el año de 1993, como consecuencia de las medidas adoptadas, varios sectores agrícolas continuaron registrando bajos niveles de rentabilidad. Anota el documento que “adicionalmente, las tendencias del comercio exterior de bienes agropecuarios han sido adversas al desempeño del sector. En efecto, en 1993 y en los primeros cuatro meses de 1994, las exportaciones agropecuarias disminuyeron 6.0% y 2.1%, respectivamente. Si se excluye café, las exportaciones del sector cayeron 3.3% en 1993 y se estancaron entre enero y abril de 1994 con respecto a los mismos meses del año anterior. Por su parte, entre 1990 y 1993 las importaciones agropecuarias se duplicaron, al pasar de 1.4 a 2.8 millones de toneladas. Durante 1993 y 1994 han mostrado un crecimiento más moderado al que se registró en 1992. Las importaciones que más han crecido durante el proceso de apertura han sido las de cereales (particularmente arroz y maíz) y las de semillas oleaginosas y aceites”.

Según el documento referido, durante el año de 1995, algunos productos agrícolas presentaban aún problemas críticos por causa de la fuerte pérdida de rentabilidad, debida a distintos factores, entre los que se cuentan la revaluación del peso, dificultades enfrentadas en los mercados externos y reducción de los precios internacionales, “...lo que se ha traducido en la pérdida de la capacidad real de estabilización del sistema de franjas de precios”. Así mismo, pudo establecerse que “...el ritmo actual de las importaciones ha conducido a situaciones de sobreabastecimiento en productos tales como arroz, leche y oleaginosas”.

Frente a la situación planteada, el Conpes propuso estrategias de largo plazo, cuyo objetivo era “...modernizar el sector para enfrentar la competencia internacional y defenderlo de las distorsiones prevalecientes en los mercados mundiales” y también estrategias de corto plazo, entre las que se cuentan “...las tendientes a garantizar la absorción de las cosechas nacionales y a crear condiciones de competencia menos distorsionadas para los productores domésticos, sin afectar la competitividad de la agroindustria”.

En el punto de la absorción de cosechas nacionales, el documento recomendó medidas transitorias de política comercial en los términos siguientes:

“Con el fin de proporcionar seguridad a los agricultores y de controlar la sobreoferta de algunos productos agropecuarios, los Ministerios de Agricultura y Desarrollo Rural y de Desarrollo Económico, con el concurso del Ministerio de Comercio Exterior, fomentarán la suscripción de acuerdos entre los productores y los procesadores agroindustriales que garanticen la absorción de las cosechas nacionales y promuevan el mejoramiento de la competitividad sectorial en las cadenas agroindustriales de la cebada, el trigo, los aceites y los alimentos balanceados para animales. En los productos en los cuales se suscriban tales acuerdos y se establezca una mejora moderada en el precio al producto agropecuario, el Gobierno Nacional otorgará una rebaja arancelaria que compense el incremento de precios convenido. Para administrar el acuerdo, se recomienda al Consejo Superior de Comercio Exterior establecer vistos buenos a las importaciones de los productos en cuestión. De no llegarse en el plazo de 15 días a un acuerdo de absorción, se recomienda incrementar los niveles de arancel *ad valorem*.”

Para los productos en los que se presenta una sobreoferta estacional tales como leche y arroz, recomienda de inmediato un recargo arancelario transitorio del 10% y diseñar un sistema de aranceles estacionales”.

De otra parte, en la misma fecha del 17 de agosto de 1994, el Conpes produjo el documento intitulado “Medidas de estabilización para el sector agropecuario”, entre las que se cuentan el establecimiento de vistos buenos a las importaciones de una serie de productos para los que se busca “...mediante un activo proceso de concertación, se suscriban convenios de absorción entre los productores y la agroindustria”. El número de dichos productos se fijó en 150, entre los cuales se contaron productos básicos agropecuarios, tales como leche, carnes porcinas y de aves, trigo, maíz amarillo y blanco, arroz, soya, sorgo, cebada y aceites, y sus sustitutos y derivados.

Agrega el documento en comentario que “El objetivo de este convenio es mejorar la rentabilidad de la actividad agropecuaria, sin desmejorar la situación actual de competitividad de la industria nacional, en cuyo caso, de ser necesario, se reducirían los niveles actuales del arancel *ad valorem*”. Siempre según el documento “una vez aprobada la presente propuesta, los Ministerios de Agricultura y de Desarrollo Económico, con la cooperación del Ministerio de Comercio Exterior, liderarán entre productores y agroindustria la celebración de nuevos convenios de absorción para el sorgo (maíz), la soya, la cebada, y el aceite de palma”, así como la actualización del convenio vigente para el trigo. Agrega el documento que “El propósito del visto bueno es asegurar que una vez se consigan los acuerdos, las industrias consumidoras de estos productos, cumplan las condiciones de absorción doméstica...”. El documento anota que “Vistos buenos como los propuestos se aplican en la actualidad a las importaciones de algunos productos como el trigo, la cebada y el azufre, para los cuales han existido o existen convenios de absorción”. Finaliza el documento con la recomendación al Consejo Superior de Comercio Exterior de expedir la resolución que autorice los vistos buenos para 150 partidas arancelarias, que apruebe el incremento temporal de los aranceles de la leche y del arroz, sus sustitutos y deriva-

## SECCION PRIMERA

dos, al nivel del 30% y que prorrogue indefinidamente la salvaguardia que se aplica al arroz proveniente de Vietnam.

### 2. La sentencia de doce (12) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996)

Previamente al estudio de los cargos, debe tenerse presente que mediante sentencia de 12 de febrero de 1996 (Expediente número 3220, con ponencia del Magistrado Ernesto Rafael Ariza) esta sección no accedió a la petición de nulidad del Decreto 2439 de 2 de noviembre de 1994 y de la Resolución número 0756 de 17 de noviembre de 1994.

El Decreto 2439 estableció unos mecanismos de control a las importaciones de algunos productos agropecuarios, mediante la exigencia de previo visto bueno del Ministerio de Agricultura y de Desarrollo Rural al registro de la importación ante el Incomex, así como el otorgamiento de autorizaciones al Ministerio para determinar las condiciones en las que se debían producir dichos vistos buenos.

Y por la Resolución número 0756 se expidió la reglamentación para el otorgamiento de los vistos buenos para la importación de algunos productos agropecuarios.

### 3. Los cargos

#### a) *Primer cargo*

El primer cargo se refiere a la presunta violación de los artículos 333, 334, 83 y 150 numeral 21 de la Constitución Política, por cuanto el demandante considera que la regulación contenida en el artículo 1° acusado obstruye la libre competencia, impone restricciones a la libertad económica y constituye intervención económica sin autorización de la ley.

Estima la Sala que el cargo no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

Sea lo primero afirmar que los principios de actividad económica libre y de iniciativa privada como pilares básicos de la economía de mercado deben moverse “dentro de los límites del bien común”, por lo cual la ley, como expresión de la voluntad general, y con fundamento en ella el reglamento, podrán autorizar la exigencia de permisos previos o requisitos especiales en su ejercicio. Es por esa razón que el mismo texto constitucional le asigna a la empresa, como base del desarrollo, una función social.

Así mismo, los principios consagrados en el artículo 333 deben ser interpretados armónicamente con aquellos otros consagrados en el artículo 65 de la Constitución, en donde se prescribe que “La producción de alimentos gozará de la especial protección del Estado”, así como que se otorgará prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas y agroindustriales, entre otras.

Dentro de ese contexto, debe colegirse que la libertad consagrada en el artículo 333 de la Constitución no es absoluta, ella tiene unos límites impuestos por el bien común y por las obligaciones de la empresa, derivadas de su función social.

En el evento *sub lite*, según se infiere de las consideraciones del acto acusado, éste tuvo como soporte, entre otros, los documentos Conpes de 17 de agosto de 1994; uno, contentivo del Programa de Modernización Agropecuaria y Rural y, otro, referido a las Medidas de Estabilización para el Sector Agropecuario.

La Sala tuvo oportunidad de analizar tales documentos en la providencia de 12 de febrero de 1996 (Expediente número 3220, Actora: Adriana Polidura Castillo, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz), al pronunciarse frente a la demanda de nulidad contra el Decreto 2439 del 2 de noviembre de 1994 y la Resolución número 0756 de 17 de noviembre de 1994.

En esta ocasión se reitera lo allí precisado, cuando en dicha sentencia se afirma:

“Del contenido de los citados documentos que ha quedado reseñado infiere la Sala que las recomendaciones adoptadas en los mismos y que se reflejaron en los actos acusados, en principio, buscaban conjurar las dificultades que se estaban presentando en el sector agropecuario.

“Como se advirtió en el proveído de 26 de mayo de 1995, que confirmó el auto de 3 de marzo del mismo año, que había denegado la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos cuestionados, y que ahora se reitera, si bien es cierto que el artículo 3° de la Ley 7ª de 1991 consagra el principio de libertad en las importaciones y exportaciones de bienes, tecnología y servicios, no lo es menos que tal disposición es clara en señalar que dicha libertad es limitada, cuando a continuación prevé: “*en cuanto lo permitan las condiciones coyunturales de la economía*”. (Las cursivas no son de la Sala).

“De tal manera que no basta afirmar que las medidas adoptadas en los actos acusados restringen el régimen de libertad que preconizan la Carta Política en su artículo 333 y la referida ley, con violación de estos textos y de los artículos 150 numeral 19 y 189 numeral 25 de la Carta Política, sino que es menester que aparezca demostrado que las condiciones de la economía que motivaron la expedición de aquéllos no eran coyunturales y por lo mismo no ameritaban tales medidas”.

Se observa que en el asunto examinado son aplicables las consideraciones precedentes, habida cuenta que el actor se limitó a cuestionar la legalidad del acto acusado por el presunto desconocimiento de los principios de la libre competencia, la libertad económica y la libertad de comercio, consagrados en los artículos 333 y 334 de la Constitución Política y 1° a 3° de la Ley 7ª de 1991, pero no desvirtuó la existencia de las condiciones coyunturales de la economía que motivaron la adopción de esas medidas, las cuales se encuentran respaldadas en los documentos antes referidos. En efec-

## SECCION PRIMERA

to, como se ha visto en el documento Conpes 2723 de agosto 17 de 1994, por medio del cual se trazó un Programa de Modernización Agropecuaria y Rural, "...las tendencias del comercio exterior de bienes agropecuarios han sido adversas al desempeño del sector...", pues las exportaciones agropecuarias, excluyendo el café, disminuyeron sensiblemente en 3.3% en 1993 y se estancaron entre enero y abril de 1994, con respecto a los mismos meses del año anterior, y que las importaciones en este campo se duplicaron entre 1990 y 1993, pasando de 1.4 a 2.8 millones de toneladas.

Durante el proceso de apertura, de otra parte, las importaciones que más crecieron fueron los cereales (particularmente arroz y maíz) y las de semillas oleaginosas y aceites. Estos datos tienen el significado de la existencia de una coyuntura económica crítica, la cual imponía a las autoridades el ejercicio del deber de protección y de limitar la libertad económica absoluta.

De otra parte, debe tenerse presente que los artículos 334 y 65 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 6° de la Ley 101 de 1993, autorizan al Gobierno para expedir normas en materia de políticas que tienen que ver con la actividad económica, concretándose así la capacidad del Estado para intervenir, con fines de racionalización, en las distintas etapas del proceso económico, como son la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, incluida allí la actividad agropecuaria.

En el mismo orden de ideas, el Decreto-ley 1279 de 1994, artículo 4°, entre las funciones que asigna al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se cuentan las siguientes: fijar las políticas para el desarrollo del sector agropecuario, con el fin de adecuarlo a la apertura económica; proteger la producción de alimentos; elevar la eficiencia y la competitividad de los productos agrícolas, y establecer fondos de estabilización de precios de los mismos así como determinar la política de precios de dichos productos.

Y en el punto referido a la necesaria autorización legal para efectos de la intervención económica, como la que se concreta a través del acto acusado, cabe observar que el literal ñ) de ese mismo artículo 4° autoriza al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para "...fijar de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, las reglas a las que debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por parte de la industria, y condicionar el establecimiento de licencias o vistos buenos de importación y permisos de exportación... al cumplimiento de los convenios que han de celebrar los interesados, en relación con las cuotas de absorción fijadas para la compra o venta de tales materias primas".

Finalmente, respecto de la violación del principio de la buena fe, que consagra el artículo 83 de la Constitución, la Sala observa que el cumplimiento de ciertos requisitos en el desarrollo de la actividad administrativa, como los relacionados con la exactitud de la información que los ciudadanos deben suministrar a la Administración, bajo el apremio del juramento, no es contrario al principio constitucional de la buena fe. En

efecto, si el industrial informa verazmente sobre la cantidad de aceite de palma que ha adquirido junto con su precio, el juramento se convierte en simple formalidad; en caso contrario, incurrirá en una conducta reprochable sujeta a las sanciones legales.

En el punto referido a la necesaria autorización legal para efectos de la intervención económica, como la que se realiza a través del acto acusado, cabe observar que el artículo 4° del Decreto 1279 (literal ñ) autoriza al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural "...a fijar de acuerdo con el Ministerio de Desarrollo Económico, las reglas a las que debe sujetarse la fijación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por parte de la industria, y condicionar el establecimiento de licencias o vistos buenos de importación y permisos de exportación... al cumplimiento de los convenios que han de celebrar los interesados, en relación con las cuotas de absorción fijadas para la compra o venta de tales materias primas".

Vistas las anteriores consideraciones, se impone una conclusión parcial en el sentido de que el acto acusado no viola los artículos 333, 334, 83 y 150, numeral 21 de la Constitución Política, por cuanto la libertad económica allí consagrada se ha conciliado con el deber constitucional del Estado de proteger la producción de alimentos, que consagra el artículo 65 de la Constitución.

#### b) *Cargo segundo*

Los anteriores razonamientos sirven de sustento a la Sala para desestimar también el cargo 2°, que parte de la base de que el acto acusado impuso restricciones sin la existencia de la coyuntura de la economía que las justificaran, y que el Ministerio de Agricultura carece de competencia para determinar los trámites y requisitos que deben cumplir las importaciones y exportaciones de bienes.

Como ha tenido ya oportunidad de analizarse con ocasión del cargo primero, de acuerdo con los estudios del Conpes, varios sectores agrícolas continuaron registrando bajos niveles de rentabilidad por causa del sensible aumento de las importaciones y de la caída de las exportaciones, entre los que se contaron los de semillas oleaginosas y aceites. Esa situación representa evidentemente una coyuntura económica crítica, que justificó las medidas adoptadas.

#### c) *Cargo tercero*

Para la Sala tampoco está llamado a prosperar el cargo 3°, que se fundamenta en la violación de los artículos 46, 47 y 51 del Decreto 2153 de 1992, ya que la afirmación en que el demandante basa el concepto de la violación, esto es, que el acto acusado recae sobre convenios que dan lugar a la "fijación artificiosa de precios", no tiene respaldo probatorio alguno en el proceso. Por el contrario, las medidas adoptadas buscan restablecer "...la capacidad real de estabilización del sistema de franjas de precios", ya que el ritmo de las importaciones había conducido a "situaciones de sobreabastecimiento en productos tales como arroz, leche y oleaginosas".

## SECCION PRIMERA

Así mismo, debe tenerse presente, frente a las violaciones del Decreto 2153 de 1992 invocadas por la parte actora, que la interpretación de la Ley 101 de 1993, artículo 6°, por medio de la cual se faculta al Gobierno para dar prioridad al desarrollo de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, armonizada con el artículo 4° del Decreto-ley 1279 de 1994, que faculta al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural para fijar las políticas del sector y determinar las reglas que deben gobernar el establecimiento de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional así como condicionar el otorgamiento de licencias de importación y exportación al cumplimiento de los convenios que han de celebrar los interesados, conduce a concluir que el cargo formulado carece de sustento legal.

### d) *Cargo cuarto*

El cargo 4° habrá de desestimarse porque el hecho de establecer requisitos para el otorgamiento de vistos buenos para la importación de productos oleaginosos, exigibles a todos los importadores, sin excepción alguna, como se desprende del contenido del artículo 1° acusado, no implica el desconocimiento del postulado que preconiza el artículo 13 de la Carta Política, ni mucho menos dejar sin oficio a los importantes y comercializadores (artículo 26 *ibidem*), ni establecer monopolios en detrimento de estos últimos y en favor de los industriales (artículo 336), ya que toda actividad está precedida normalmente del cumplimiento de requisitos o condiciones que posibiliten su ejercicio, lo cual descarta la violación de los preceptos constitucionales a que alude el actor.

Además, tampoco es válido el argumento expuesto por la parte actora en el sentido de que el visto bueno para los permisos de importación será otorgado solamente a quienes compren aceite crudo de palma en el mercado interno al precio adoptado por el Ministerio y negado a quienes no lo hagan así, pues la norma acusada se limita a establecer trámites distintos, según se haya o no suscrito el convenio de absorción. Esa categorización no es contraria al principio de igualdad, como ha tenido oportunidad de señalarlo la Sala en la sentencia de febrero doce (12) de mil novecientos noventa y seis (1996), con ponencia del Magistrado Ariza Muñoz, cuando allí se dijo:

“Cabe agregar que en tratándose del principio de igualdad, la Corte Constitucional en sentencia C-527 de 18 de noviembre de 1994 consideró, y la Sala lo prohíja, que un trato diferente no implica automáticamente una violación de dicho principio, siempre y cuando el Estado persiga objetivos constitucionales legítimos, y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución del referido objetivo.

“Tal es el caso de los objetivos legítimos que al Estado le asisten de proteger especialmente la producción de alimentos, por mandato del artículo 65 de la Carta Política, en virtud del cual debe otorgar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas, pecuarias, pesqueras, forestales y agroindustriales, así

como de intervenir, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de bienes, como lo ordena el artículo 334 *ibidem*, que justifican las medidas adoptadas en los actos administrativos acusados”.

Además, la exigencia de documentos para obtener el visto bueno no se opone al principio de la presunción de la buena fe pues éste no puede ser sinónimo de exoneración del cumplimiento de los requisitos que se han previsto para el ejercicio de una actividad. En consecuencia, la violación del artículo 83 de la Carta Política impetrado por el actor no tiene vocación de prosperidad.

e) *Quinto cargo*

El quinto cargo también habrá de desestimarse, por cuanto el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural no usurpó las facultades del Consejo Superior de Comercio Exterior al expedir la Resolución número 045, pues, como se ha visto, el Ministerio tiene, de acuerdo con el artículo 4º, literal ñ) del Decreto 1279 de 1994, la competencia para fijar las reglas que deben gobernar la determinación de cuotas de absorción obligatoria de materias primas de producción nacional por los industriales y establecer y condicionar el otorgamiento de licencias o vistos buenos de importación y permisos de exportación al cumplimiento de los convenios que han de celebrar los interesados, en relación con las cuotas de absorción fijadas para la compra o venta de tales materias primas, por lo que, en consecuencia, no hubo violación de los numerales 7 y 12 del artículo 14 de la Ley 7ª de 1991, tal como lo reconoció la Sala en la mencionada sentencia, de febrero 12 de 1996.

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. DENIEGASE las pretensiones de la demanda.

2º. Devuélvase al actor la suma depositada por concepto de gastos ordinarios del proceso.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 7 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola, Juan Alberto Polo Figueroa.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración de la sentencia de febrero 12 de 1996; Expediente 3220; Consejero Ponente doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz.

**SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / RUTAS Y HORARIOS - Reserva / FIJACION DE CAPACIDAD / ACTO DE TRAMITE / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO - Inexistencia / ADJUDICACION DE RUTAS Y HORARIOS - Inexistencia**

Las resoluciones demandadas son simples actos de trámite, dado que las mismas adicionan el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera en el objeto social de la Empresa Monteriana de Transporte, Montra Ltda., le reservan unas rutas y horarios, le fijan su capacidad transportadora y autorizan el radio de acción nacional, cuestiones todas éstas que en manera alguna ponen fin a la actuación administrativa, pues la misma sólo concluye con la expedición o denegación de la licencia de funcionamiento y la respectiva adjudicación de rutas y horarios. Los actos acusados no ponen fin a la actuación administrativa ya que en los mismos se hace la advertencia de que la autorización allí expedida no faculta a la empresa Monteriana de Transporte, Montra Ltda. a prestar el servicio público de transporte en las rutas y horarios allí reservados, ni obliga a expedir en favor de aquélla la licencia de funcionamiento. Estando demostrado que las resoluciones cuya nulidad se demanda son meros actos de trámite por no poner fin a una actuación administrativa (art. 50 del C. C. A.), esta corporación se inhibirá de las mismas.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez.*

Referencia: Expediente número 3146.

Actora: Sociedad Transportadora de Córdoba S. A., Sotracor S. A.

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 la Sociedad Transportadora de Córdoba S. A., Sotracor S. A, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrado en el artículo 85 del C. C. A., contra las

Resoluciones números 05631 de 19 de noviembre de 1993 y 002566 de 19 de julio de 1994, proferidas, respectivamente, por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito y el Ministerio de Transporte.

## I. ANTECEDENTES

### a) *Las pretensiones de la demanda*

La demanda instaurada busca la nulidad de los actos acusados arriba identificados, y que, como consecuencia de lo anterior, la situación jurídica de la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda. vuelva al estado existente antes de la expedición de dichos actos, esto es, que continúe ejerciendo su habitual actividad transportadora dentro del radio de acción urbano en el perímetro municipal de Montería.

### b) *Los actos acusados*

Son los siguientes:

1°. La Resolución número 05631 de 19 de noviembre de 1993, expedida por la Directora Liquidadora del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, mediante la cual se adiciona el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera en el objeto social de la escritura de constitución de la Empresa Monteriana de Transporte, Montra Ltda., se reservan por el término improrrogable de seis (6) meses unos horarios en las rutas allí determinadas; y se le fija su capacidad transportadora.

2°. La Resolución número 002566 de 19 de julio de 1994, a través de la cual el Ministro de Transporte resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la resolución anteriormente citada, modificándola parcialmente.

### c) *Los hechos de la demanda*

Los hechos que cita la parte actora como fundamento de sus pretensiones son, en forma resumida, los siguientes:

1°. La sociedad demandante tramitó su reclasificación ante la Dirección Regional del Intra en el departamento de Bolívar y obtuvo la Resolución número 147 de 17 de febrero de 1975, mediante la cual se le concedió la clasificación en la categoría "A" y se le modificó su radio de acción.

Mediante Resoluciones números 00988 de 7 de febrero de 1992 y 4908 de 23 de noviembre del mismo año, se determinaron las rutas a ella autorizadas, así como las condiciones generales de la prestación del servicio de transporte en las mismas.

2°. La sociedad Montra Ltda., tiene licencia de funcionamiento vigente, como empresa de transporte público colectivo municipal de pasajeros.

## SECCION PRIMERA

3°. En memorial radicado bajo el número.0056 de 15 de febrero de 1993, Transportes, Montra Ltda., solicita a la Oficina Seccional del Intra en Montería, autorización previa de constitución como empresa de transporte público terrestre automotor de pasajeros por carretera.

4°. Con base en dicha petición, el Director Seccional del Intra expide la Resolución número 009 de 10 de marzo de 1993, por la que se autoriza la publicación de la solicitud, la cual se efectuó en los diarios *El Tiempo* y *La República* el 16 del mismo mes y año.

5°. Surtida la publicación, la Dirección Seccional envía el expediente a la Dirección General del Intra, continuándose la tramitación administrativa bajo el número 12464 de 26 de mayo de 1993.

6°. Presentadas diferentes oposiciones de carácter jurídico y técnico, entre otras empresas, por la Sociedad Transportadora de Córdoba S. A., la Directora Liquidadora del Intra mediante la Resolución número 05631 de 19 de noviembre de 1993, sin resolver sobre dichas oposiciones, autoriza adicionar el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera en el objeto social de la escritura de constitución, a la Empresa Montra Ltda.

7°. Adicionalmente, la resolución en cuestión fija “una vigencia improrrogable de seis (6) meses para la protocolización y llenar los requisitos establecidos, para la obtención de la licencia de funcionamiento como lo ordena el artículo 13 del Decreto 1927 de 1991” y ordena reservar por un término improrrogable de seis (6) meses, un total de cuatro rutas y cuarenta y ocho horarios y le fija una capacidad transportadora mínima y máxima de 13 y 16 microbuses, respectivamente.

8°. El representante legal de la demandante interpuso recurso de reposición contra la anterior resolución, el cual fue resuelto mediante la Resolución número 2566 de 1994, modificando el artículo 1° para que la Sociedad Montra Ltda., en un lapso de seis (6) meses, presentara la documentación exigida en el artículo 17 del Decreto 1927 de 1991, para la obtención de la correspondiente licencia de funcionamiento. Así mismo, modificó los artículos 2° y 3° reduciendo los horarios reservados a la peticionaria y la capacidad transportadora mínima a 12 y máxima a 14 microbuses;

### d) *Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación*

La demandante considera que con la expedición de los actos acusados se violaron las siguientes normas, por las razones que, bajo la forma de cargos, en forma resumida se expresan a continuación (fls. 75 a 89):

*Primer cargo:* Violación del artículo 29 de la Constitución Política, por cuanto la actuación administrativa cumplida por el Intra no fue agotada de acuerdo con las instancias establecidas en la ley:

a) Frente a la competencia debe decirse que el Director Seccional del Intra en Montería no la tenía para conceder autorización previa de constitución a las nuevas empresas de transporte de pasajeros y mixto por carretera, como tampoco para otorgar, negar o modificar licencias de funcionamiento para estas mismas empresas.

En consecuencia, al tenor del artículo 33 del C. C. A., en concordancia con el artículo 11 del Acuerdo 15 de 1986, el Director Seccional ha debido informar al representante legal de la parte actora su incompetencia y dentro de los diez (10) días siguientes remitir al Director General del Intra (funcionario competente) "para que, en desarrollo del párrafo único del artículo 7° del Decreto 1927 de 1991, se procediera por la Secretaría General del Intra o la Dirección Regional de Bolívar a hacer la respectiva publicación".

No ocurrió así y el Director Seccional, con típica usurpación de funciones, expidió la Resolución número 0009 de 10 de marzo de 1993, ordenando la publicación (artículo 6° del Decreto 1927 de 1991), la cual se efectuó el 16 de marzo de 1993, viciando *ab initio* de nulidad toda la actuación posterior.

La incompetencia se encuentra fundamentada en el Decreto Ejecutivo número 2058 de 1988 aprobatorio del Acuerdo número 88 del mismo año, emanado de la Junta Directiva del Intra. El artículo 1° del referido acuerdo incluyó a las oficinas seccionales dentro de la estructura orgánica de dicho Instituto y el artículo 54 señaló sus funciones, determinado en el literal b) que a éstas corresponde "Otorgar, negar, renovar o cancelar las licencias de funcionamiento a las empresas de transporte terrestre automotor de pasajeros y mixto intermunicipal y de carga que tengan su sede y radio de acción dentro de su jurisdicción";

b) La autorización previa de constitución, que fue el trámite solicitado por la Sociedad Montra Ltda., como requisito exigido por el párrafo único del artículo 983 del C. de Co. para la Constitución de una nueva empresa comercial de transporte, tan sólo podía ser concedida por la Dirección General del Intra.

Ahora bien, tanto el derogado Decreto 1600 de 1990, como el Decreto 1927 de 1991, artículo 4°, clasifican el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera, según su radio de acción, en nacional e internacional, lo cual significa que a partir de 1990 se suprimieron los radios de acción intermunicipal, departamental e interdepartamental y que todas las empresas, sin excepción, tienen radio de acción nacional.

En consecuencia, debe entenderse que a partir de la expedición del citado Decreto 1600, las oficinas seccionales del Intra perdieron la competencia en materia de licencias de funcionamiento, pues ya no se cumple con el requisito establecido de que las empresas de transporte tengan radio de acción dentro de su jurisdicción.

c) Existe inconsistencia de las decisiones de la Administración frente a la petición de la Empresa Montra Ltda., ya que ésta pretendía la autorización previa de

## SECCION PRIMERA

constitución en cumplimiento del requisito establecido en el párrafo único del artículo 983 del C. de Co., petición que fue publicada el día 16 de marzo de 1993, como consecuencia de un acto administrativo que por la incompetencia del funcionario que lo expidió, estaba viciado de nulidad absoluta.

No obstante lo anterior, mediante la Resolución número 05631 de 1993 se culminó la actuación administrativa, con abierto desconocimiento del principio de imparcialidad con el que las autoridades deben actuar para garantizar los derechos de todos los administrados.

Es tan evidente el yerro de la Dirección General del Intra, que el Ministerio de Transporte, al resolver el recurso de reposición interpuesto por la demandante contra la resolución en cuestión, admite en la parte motiva de la Resolución número 2556, también acusada, que "si bien a la solicitud de la Empresa Monteriana de Transporte, Montra Ltda., se le dio el trámite correspondiente a la autorización previa, atendiendo el concepto emitido por la Jefatura Jurídica del Intra de noviembre 9 de 1993, a la misma no se le podía otorgar concepto previo de constitución porque se trataba de una sociedad comercial ya existente".

En consecuencia, se optó por adicionar el objeto social de la escritura de constitución en servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera, lo cual no era el camino adecuado, pues la adición del objeto social es un acto que deben ejecutar los interesados y no un organismo administrativo, porque estaría ejerciendo funciones que no le competen. Lo correcto en el presente caso era autorizar el radio de acción nacional, para que los socios, si no lo han hecho, reformen los estatutos ampliando el objeto social al nuevo servicio que quieren prestar, o sea, el transporte público por carretera en todo el territorio nacional.

El Ministerio de Transporte decide corregir el yerro autorizando el radio de acción nacional, entendiéndolo que si bien no hay norma expresa que regule la situación que estudia, debe acudir "a la interpretación o criterio analógico, porque es deber de la Administración pronunciarse y decidir sobre las peticiones que eleven los particulares", estimando que debe acudirse al procedimiento señalado para las cooperativas que no necesitan de concepto previo, argumentación que no puede ser de recibido porque, de una parte, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 75 de la Ley 79 de 1988, lo que estimula el Gobierno es la creación de cooperativas que tengan por objeto el servicio público de transporte automotor y para ello ordena que no se exija a este tipo de empresas la autorización previa de constitución, no pudiéndose aplicar a la Empresa Montra Ltda., la Ley Cooperativa, pues se rige por el C. de Co., y de otra parte porque los requisitos señalados en el artículo 5° del Decreto 1927 de 1991 para obtener la autorización previa de constitución de sociedades comerciales destinadas al transporte público terrestre automotor de pasajeros y mixto por carretera son distintos a los contemplados en el artículo 28 *ibidem* para la obtención de la licencia de funcionamiento de las empresas cooperativas destinadas al mismo servicio.

*Segundo cargo:* Violación de los artículos 2°, 3°, 33 y 35 del C. C. A:

a) De conformidad con el artículo 2° del C. C. A., los derechos e intereses reconocidos en la ley a los administrados, son el objeto mismo de la actuación administrativa.

En el caso *sub lite* ese objeto se perdió de vista por cuanto al atender la petición de una empresa constituida y con licencia de funcionamiento en el radio de acción urbano, se acudió a erradas interpretaciones de la ley que generaron procedimientos no establecidos en las normas.

El funcionario público sólo puede hacer lo que le está permitido por la ley, siendo de bulto que al Ministerio no le era dable conceder mediante actos administrativos, figuras no contempladas por el estatuto cuya observancia le es obligatoria.

De otra parte, el desconocimiento de los diferentes derechos reconocidos en la ley es mayor, si se tiene en cuenta que el Ministerio de Transporte consideró que el análisis de los argumentos expuestos en las oposiciones ya había sido agotado y por eso no volvió sobre dicho aspecto, “conculcando la posibilidad de revisión de una actuación que sí se encontró anómala respecto de las cuestiones legales que se corrigieron”;

b) El artículo 3° del C. C. A., consagra el principio de imparcialidad; por ello, los funcionarios deben dar igual tratamiento a todas las personas, respetando el orden con que actúen ante ellos.

En estricto sentido, la petición que elevó Montra Ltda., era inconducente, por cuanto dicho trámite sólo procede respecto de sociedades comerciales en vía de constitución; en consecuencia, era de rigor denegar la solicitud de autorización previa de constitución y no adoptar las decisiones demandadas, pues con las mismas se rompió el principio de imparcialidad, desconociendo los derechos de las diferentes empresas que atienden las rutas reservadas a Montra Ltda., tanto en origen-destino como en tránsito;

c) De acuerdo con el artículo 33 del C. C. A. es obligación del funcionario que carece de competencia para conocer una determinada actuación, informar al peticionario de tal circunstancia y, en el término de diez (10) días, dar curso de la solicitud al funcionario competente.

En el presente caso el Director Seccional del Intra no sólo inobservó dicha obligación, sino que se pronunció administrativamente, ordenando la publicación de la petición de autorización previa de constitución, con abierto desconocimiento de lo prescrito en el párrafo único del artículo 7° del Decreto 1927 de 1991, según el cual dicha publicación se hace por disposición de la Secretaría General o de los Directores Regionales del Intra. Cumplida la publicación, envió la actuación a la Dirección General después de los diez (10) días ordenados en la norma en comento y en el artículo 11 del Acuerdo 15 de 1986;

## SECCION PRIMERA

d) El artículo 35 del C. C. A. ordena que en la decisión de toda actuación administrativa se resuelvan todas las cuestiones planteadas tanto inicialmente como durante el trámite correspondiente.

Al observar el contenido de la Resolución número 05631 de 1993, se concluye que violó el precepto en comento, ya que, respecto de las oposiciones técnicas y jurídicas presentadas por diferentes empresas de transporte, entre ellas la demandante, no se produjo el pronunciamiento de la Administración en el sentido de aceptar o denegar los argumentos, fundamento de aquéllas, o las propias oposiciones en sí mismas consideradas, causándose “perjuicio al objetivo perseguido con las oposiciones ya que no fueron resueltas por el Intra pero tampoco analizadas por el Ministerio de Transporte...”.

*Tercer cargo:* Violación de los artículos 5°, 13 y 17 del Decreto 1927 de 1991.

a) El artículo 5° del decreto citado, contiene los requisitos que las futuras empresas deben cumplir con el fin de solicitar autorización para la constitución de sociedades comerciales destinadas al transporte.

No podía entonces el trámite pretendido y solicitado por Montra Ltda., fundarse en tal disposición, por cuanto la peticionaria era una sociedad comercial ya constituida legalmente, que como tal gozaba de licencia de funcionamiento vigente, con radio de acción urbano en la ciudad de Montería.

El Intra concluye la actuación modificando el objeto social en la escritura de constitución. El Ministerio con su revisión deja en claro el error y la inconsistencia existente entre lo solicitado y lo concedido, pero pese a ello no declaró la nulidad ni ordenó rehacer la actuación;

b) El artículo 13 del Decreto 1927 de 1991 hace referencia al término de vigencia que se da a la autorización previa de constitución para que la futura empresa reúna los requisitos contenidos en el artículo 17 *ibidem* para la obtención de la licencia de funcionamiento, que es la que habilita para comenzar a operar legalmente.

Si se lee el párrafo único del artículo 1° de la Resolución número 05631 de 1993, se observa que allí expresamente se invoca esa norma, no para conceder el término de seis meses con la finalidad antes resaltada, sino para que Montra Ltda., protocolice la reforma en su escritura de constitución, radicando allí el desconocimiento del citado artículo 13;

c) El artículo 17 del Decreto 1927 de 1991 establece los requisitos para que las empresas de transporte obtengan por primera vez o por refrendación su licencia de funcionamiento, la cual, una vez concedida, implica que la empresa tiene el radio de acción para su operación.

Por lo anterior, no es lógico ni jurídico que antes de que se cumpla con los requisitos para acceder a la licencia de funcionamiento que permite la operación legal de la empresa, se conceda el radio de acción.

En el asunto de autos, el Ministerio de Transporte, al resolver el recurso de reposición, modificó el artículo 1° de la Resolución número 05631 de 1993, en el sentido de adicionar el radio de acción nacional a Montra Ltda., y a renglón seguido concedió un término de seis meses para que reuniera los requisitos que le permitan obtener la licencia de funcionamiento, es decir, que hizo todo lo contrario, desconociendo las normas aplicables al caso.

Finalmente, aceptando en gracia de discusión los argumentos expuestos en la resolución que resolvió el recurso de reposición, esto es, que por interpretación analógica debe resolverse el trámite administrativo asimilándolo al tratamiento y exigencias que hace la ley para las sociedades de carácter cooperativo, se concluye que Montra Ltda., ha debido reunir los requisitos que establece el artículo 18 del Decreto 1927 de 1991 (lo que no hizo) y, de otra parte, el ente administrativo ha debido culminar la actuación con el otorgamiento de la licencia de funcionamiento y no simplemente con la adición del radio de acción nacional;

e) *Las razones de la defensa*

1. De la empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda. (fls. 122 a 131):

Propone las siguientes excepciones:

1ª. Improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda., se encontraba legalmente constituida como empresa de transporte público, mediante la correspondiente autorización de concepto previo de que trata el artículo 983 del C. de Co.

En consecuencia, las resoluciones demandadas son actos de trámite que conducen hacia una futura licencia de funcionamiento y clasificación de la empresa en la modalidad de transporte de carretera, si llegan a adjudicársele las rutas y horarios pretendidos, bajo la condición de llenar los requisitos contenidos en el artículo 17 del Decreto 1927 de 1991. Los actos definitivos serían la licencia de funcionamiento y la adjudicación de rutas y horarios.

2ª. Excepción de falta de presupuesto procesal de legitimación en la causa, ya que la demandante ha pretendido acreditar su interés jurídico para demandar, con base en la Resolución número 147 de 17 de febrero de 1975 que le otorga licencia de funcionamiento, la cual señala que su vigencia es de 10 años.

Por lo anterior, antes que demostrar que tiene interés para demandar, demuestra que no tiene licencia de funcionamiento y que por consiguiente no tiene interés jurídico para ello:

a) Excepción de caducidad, pues la Resolución número 02566 de 19 de julio de 1994 fue notificada en la misma fecha al representante legal de Montra Ltda., notificación que a la luz del artículo 62 del C. C. A., le dio firmeza al acto notificado.

## SECCION PRIMERA

El término para demandar venció el 18 de noviembre de 1994, razón por la cual, al haber sido presentada la demanda el 21 de noviembre de dicho año, la acción se encontraba caducada.

### 2. Del Ministerio de Transporte (fls. 157 a 162)

Ninguna de las disposiciones citadas por la actora fueron transgredidas con la expedición de las resoluciones demandadas, ya que la número 05631 de 1993, fue expedida por la Directora Liquidadora del Intra, con fundamento en las facultades legales y estatutarias que regulaban a dicho Instituto y en especial por las conferidas en el Decreto 1927 de 1991, y la número 002566 de 1994, lo fue por el Ministro de Transporte, con base en las facultades que le confiere el Decreto 2171 de 1992, en armonía con el artículo 1° del C. C. A.

No se violó el debido proceso (artículo 29 de la Constitución Política), por cuanto para la época de los hechos, el Director Seccional de Montería sí era el competente para ordenar la publicación de la solicitud efectuada por Montra Ltda., con fundamento en el Decreto 2058 de 1988, a través del cual se modifica la estructura orgánica del Intra y se determinan las funciones de sus dependencias, el cual, en su artículo 54, literal b), dispone que corresponde a las oficinas seccionales “otorgar, negar, renovar o cancelar las licencias de funcionamiento a las empresas de transporte terrestre automotor de pasajeros y mixto intermunicipal y de carga, que tengan su sede y radio de acción dentro de su jurisdicción”.

De otra parte, en toda la actuación administrativa se dio cumplimiento al principio de publicidad contenido en el artículo 3° del C. C. A., ordenando la publicación que se efectuó el 16 de marzo de 1993, y precisamente con base en ella, la parte actora formuló oposición jurídica dentro del término previsto en el artículo 8° del Decreto 1927 de 1991.

No es acertado el planteamiento de la demandante dirigido a demostrar que el Intra incurrió en yerro jurídico, máxime cuando el Decreto 1927 de 1991, en su artículo 13, dispone que éste es el encargado de conceder el plazo de seis meses para el cumplimiento de los requisitos enumerados en el artículo 17 *ibidem*, para la obtención de la licencia de funcionamiento.

No existe entonces fundamento para predicar la incoherencia de la decisión proferida con la legislación del transporte, basándose, además, en temerarios argumentos de falta de imparcialidad.

Montra Ltda., existía como empresa de transporte con radio de acción urbano, con personería jurídica como tal y por lo tanto era competencia del Ministerio de Transporte autorizar el radio de acción nacional, con base en el Decreto 1927 de 1991, el cual, como no consagra de manera expresa el tratamiento que se le debe dar a las empresas de radio de acción urbano (autorizado por los alcaldes de conformidad con el Decreto-ley 80 de 1987) que pretendan ampliarlo a nivel nacional, recurrió la Admi-

nistración a la aplicación analógica consagrada en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, adaptando el trámite similar establecido en el artículo 26 del Decreto 1927 de 1991, sin entrar a exigir la autorización previa para la petición de Montra Ltda., pero con el condicionamiento de que la misma se allanase a cumplir con los requisitos del artículo 17 *ibidem*, por tratarse de una sociedad comercial.

Finalmente, en cuanto a las oposiciones a que hace mención la demandante, debe decirse que la Resolución número 05631 de 1993 en su parte resolutive dio respuesta a todas ellas, resultando extraña la afirmación contraria que se plantea, porque, además, el artículo 10 del Decreto 1927 de 1991 señala la etapa en que deben ser resueltas las oposiciones tanto de carácter técnico como jurídico;

f) *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 16 de diciembre de 1994 se admitió la demanda y se ordenó darle el trámite correspondiente (fl. 97).

Por auto visible a folio 174 se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las pedidas por las partes que cumplían los requisitos legales exigidos.

Dentro del término para alegar de conclusión, hicieron uso de tal derecho la parte demandante (fl. 464) y la parte demandada (fl. 460).

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Primero Delegado ante esta Corporación expresa que los actos demandados son de mero trámite, por cuanto no ponen fin a la actuación administrativa como lo exige el artículo 50 del C. C. A. y, en consecuencia, no son susceptibles de la acción contencioso-administrativa.

En efecto, como Montra Ltda., ya estaba constituida, lo que hizo fue solicitar que se ampliara su radio de acción.

La decisión contenida en la Resolución número 05631 de 1993, consistente en ordenar adicionar el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera en el objeto social de la escritura de constitución de la empresa en cuestión, no puede considerarse como culminación de la actuación administrativa, máxime cuando concede un plazo de seis meses para la protocolización y el lleno de los requisitos establecidos en la ley para la obtención de la licencia de funcionamiento.

Además, la citada resolución en forma expresa señala que tal autorización no faculta a la empresa para prestar el servicio público de transporte en las rutas y horarios reservados, ni obliga al Intra a conceder la licencia de funcionamiento.

## SECCION PRIMERA

Por su parte, la resolución que desata el recurso de reposición tampoco pone fin a la actuación administrativa, pues en ella se resuelve autorizar el radio de acción nacional a Montra Ltda., y presentar la documentación dentro de un plazo de seis meses, tendiente a obtener la licencia de funcionamiento.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Procede la Sala a resolver las excepciones planteadas por el apoderado de la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda., tercera directamente interesada en los resultados del proceso.

1ª. Frente a la excepción de caducidad propuesta debe decirse que la misma no prospera, ya que a folio 510 del Anexo número 1 se observa que la notificación personal efectuada al representante legal de la Empresa Sotracor S. A., aquí demandante, se efectuó el 21 de julio de 1994, venciendo, por lo tanto, el término de cuatro meses a que se contrae el artículo 136 del C. C. A., el 21 de noviembre del mismo año, fecha en la cual precisamente fue presentada la demanda, tal y como consta a folio 92 del Cdno. Ppal.

2ª. Para resolver la excepción denominada improcedencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la cual interpreta la Sala como falta de jurisdicción, por considerar la excepcionante que las resoluciones acusadas son actos de trámite y en consecuencia no demandables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, estima la Sala procedente transcribir la parte resolutive de las mismas, a efectos de determinar si dicha excepción deberá o no declararse probada.

La parte resolutive de la Resolución número 05631 de 19 de noviembre de 1993 es la siguiente:

“Primero. Adicionar el servicio público de Transporte Terrestre Automotor de pasajeros por carretera en el objeto social de la escritura de constitución de la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda., bajo las siguientes características:

Radio: Nacional.

Modalidad: Pasajeros.

Vigencia: La misma de la sociedad constituida.

Clase de vehículo: Los homologados por el Instituto Nacional de Transporte y Tránsito.

“Parágrafo. La empresa cuenta con una vigencia improrrogable de seis (6) meses para la protocolización y llenar los requisitos establecidos, para la obtención de la licencia de funcionamiento como lo ordena el artículo 13 del Decreto 1927 de 1991.

“Artículo 2°. Reservar por un término improrrogable de seis (6) meses los siguientes horarios en las rutas:

“Ruta: Montería-Cereté-Sahagún y viceversa.

Saliendo de Montería

06:00 - 07:00 - 08:30 - 09:30 - 11:00 - 12:00 - 14:00 - 15:30 - 16:30 - 18:00.

Saliendo de Sahagún

“Artículo 3°. Para la presentación (sic) del servicio anteriormente reservado a la empresa se requiere fijarle la siguiente capacidad transportadora:

Capacidad mínima: 13 microbuses.

Capacidad máxima: 16 microbuses.

“Artículo 4°. Esta autorización, no faculta a la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda. para prestar el servicio público de Transporte en las rutas y horarios reservados, ni obliga al Intra a conceder la Licencia de Funcionamiento.

“Artículo 5°. Las autoridades de Transporte y Tránsito serán las encargadas por velar (sic) por el estricto cumplimiento de lo expresado en la presente providencia.

“Artículo 6°. Contra el presente acto administrativo procede el recurso de reposición para ante este despacho dentro de los cinco (5) días siguientes a su notificación”.

Contra las anteriores decisiones la parte actora interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado mediante la Resolución número 02566 de 19 de julio de 1994, cuya parte resolutive es del siguiente tenor:

“Artículo 1°. Modificar el artículo 1° de la Resolución 05631 de noviembre 19 de 1993 expedida por la Directora Liquidadora del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, en el sentido de autorizar el radio de acción nacional a la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda., la cual dentro del lapso de seis (6) meses deberá presentar la documentación exigida en el artículo 17 del Decreto 1927 de 1991 para la obtención de la correspondiente Licencia de Funcionamiento.

“Artículo 2°. Modificar el artículo 2° de la Resolución 05631 de 1993 el cual quedará así: Reservar por un término improrrogable de seis (6) meses los siguientes horarios en las rutas:

“Ruta: Montería-Cereté-Sahagún y viceversa.

## SECCION PRIMERA

Saliendo de Montería

06:00 - 07:00 - 08:30 - 09:30 - 11:00 - 12:00 - 14:00 - 15:30 - 16:30 - 18:00.

Saliendo de Sahagún

.....

“Artículo 3°. Modificar el artículo 3° de dicha resolución en el sentido de fijarle a la Empresa Monteriana de Transporte, Montra Ltda., la siguiente capacidad transportadora:

Una capacidad mínima de 12 microbuses.

Una capacidad máxima de 14 microbuses.

“Artículo 4°. Confirmar los artículos 4° y 5° de la Resolución 05631 de noviembre 19 de 1993 emanada del Intra.

“Artículo 5°. Contra esta resolución no procede ningún recurso por la vía gubernativa”.

Los textos anteriormente transcritos evidencian que en efecto las resoluciones demandadas son simples actos de trámite, dado que las mismas adicionan el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera en el objeto social de la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda., le reservan unas rutas y horarios, le fijan su capacidad transportadora y le autorizan el radio de acción nacional, cuestiones todas éstas que en manera alguna ponen fin a la actuación administrativa, pues la misma sólo concluye con la expedición o denegación de la licencia de funcionamiento y la respectiva adjudicación de rutas y horarios. Dicha licencia de funcionamiento es definida por el Decreto 1927 de 1991 en los siguientes términos:

“Artículo 15. La licencia de funcionamiento es el permiso que el Estado concede el transportador y que lo habilita como tal para prestar el servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros y/o mixto por carretera”.

Es tan cierto que las decisiones contenidas en los actos acusados no ponen fin a la actuación administrativa, ya que en los mismos se hace la advertencia de que la autorización allí expedida no faculta a la Empresa Monteriana de Transportes, Montra Ltda., a prestar el servicio público de transporte en las rutas y horarios allí reservados, ni obliga a expedir en favor de aquella la licencia de funcionamiento, la cual le será otorgada en la medida en que cumpla con los requisitos exigidos en el artículo 17 del Decreto 1927 de 1991.

En consecuencia, estando demostrado que las resoluciones cuya nulidad se demanda son meros actos de trámite, por no poner fin a una actuación administrativa (artículo 50 del C. C. A.) esta Corporación se inhibirá para conocer de las mismas, tal y como lo dispondrá en la parte resolutive de la presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído previamente 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. DECLARASE probada la excepción de falta de jurisdicción y, en consecuencia, *inhibese* de hacer un pronunciamiento de fondo frente a las Resoluciones número 05631 de 19 de noviembre de 1993 y 002566 de 19 de julio de 1994, expedidas, respectivamente, por la Directora Liquidadora del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito y el Ministro de Transporte.

Segundo. De conformidad con lo previsto por los artículos 171 del C. C. A. y 392-1 del C. de P. C., *condénase* en costas a la parte actora. *Liquidense* por Secretaría.

Tercero. 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 quince de marzo de mil novecientos noventa y seis.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel Urueta Ayola.*

**DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD / REVISION DE ACTOS DE LOS ALCALDES / GOBERNADOR - Facultades / TRIBUNAL ADMINISTRATIVO / UNICA INSTANCIA / RECURSO DE APELACION - Improcedencia**

Como quiera que la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los Municipios”, no contiene regulación alguna sobre la revisión de los actos de los alcaldes por parte del gobernador, tal aspecto continúa rigiéndose por las disposiciones de orden legal que se expidieron durante la vigencia de la anterior Carta Política y en desarrollo de su artículo 194-8, pues sus mandatos eran exactamente iguales a los contenidos en el artículo 305-10 de la Constitución de 1991, ya transcrito. De la interpretación armónica y sistemática de los artículos 22 y 23 de la Ley 78 de 1986 y 73, 74 y 75 de la Ley 11 de 1986, el Despacho considera que si contra las decisiones que adopten los Tribunales Administrativos en relación con la validez de los actos de los alcaldes que les sean remitidos por los gobernadores para su revisión, no procede recurso alguno, como expresamente lo señala el artículo 75 de la Ley 11 de 1986, de ello deriva la indefectible conclusión de que la competencia de dichas corporaciones para conocer de tales asuntos les fue atribuida en única instancia, y que, consecuentemente, ninguna providencia que sobre ellos recaiga es susceptible de ser recurrida en apelación, pues la premisa básica para la procedencia de tal recurso, es la de que trate de decisiones adoptadas en los negocios cuya competencia esté atribuida en primera instancia a los tribunales administrativos.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Radicación número 3679.

Actor: Gobernador de Casanare.

Procedente del Tribunal Administrativo de Casanare ha llegado a esta Corporación el expediente de la referencia para resolver el recurso de apelación interpuesto por el Gobernador de dicho Departamento contra el auto de 3 de noviembre de 1995, mediante el cual se dispuso “rechazar la demanda de exequibilidad presentada por el Gobernador del Departamento de Casanare, para decisión sobre legalidad del Decreto número 030 de abril 6 de 1995, originario de la Alcaldía Municipal de Aguazul”. La mencionada decisión obedeció a que dentro del plazo de cinco (5) días concedido por auto de 20 de septiembre de 1995 para subsanar los defectos de que adolecía la solicitud, el peticionario no procedió a ello.

Para efecto de resolver sobre la admisión del recurso, el Despacho observa y considera lo siguiente:

1°. Dispone el artículo 305 numeral 10 de la Carta Política:

“ Artículo 305. *Son atribuciones del Gobernador:* ‘...

“...

“10 Revisar los actos de los Concejos Municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”.

Como quiera que la Ley 136 de 1994, “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios”, no contiene regulación alguna sobre la revisión de los actos de los alcaldes por parte del gobernador, tal aspecto continúa rigiéndose por las disposiciones de orden legal que se expidieron durante la vigencia de la anterior Carta Política y en desarrollo de su artículo 194-8, pues sus mandatos eran exactamente iguales a los contenidos en el artículo 305-10 de la Constitución de 1991, ya transcrito.

2°. Por su parte, los artículos 22 y 23 de la Ley 78 de 1986 disponen lo siguiente:

“Artículo 22. Revisión de actos municipales dentro de los 3 días siguientes al de su expedición, los alcaldes municipales, enviarán copia de sus actos al Gobernador, Intendente y Comisario para su revisión jurídica”.

“Artículo 23. Para la revisión de los actos de los alcaldes por el Gobernador, Intendente y Comisario, se adoptará el procedimiento establecido en los artículos 73, 74 y 75 de la Ley 11 de 1986”.

3°. A su vez, los artículos 73, 74 y 75 de la Ley 11 de 1986 son del siguiente tenor:

“Artículo 73. Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez”.

## SECCION PRIMERA

“Artículo 74. El Gobernador enviará al tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el gobernador remita el acuerdo al tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcalde, personero y presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso”.

“Artículo 75. Al escrito de que trata el artículo anterior, en el tribunal administrativo se dará el siguiente trámite:

“1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de 10 días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

“2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a 10 días.

“3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de 10 días para la elaboración de la ponencia y el tribunal, de otros 10 días para decir.

“Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno”.

Ahora bien, de la interpretación armónica y sistemática de los artículos 22 y 23 de la Ley 78 de 1986 y 73, 74, y 75 de la Ley 11 de 1986, el Despacho considera que si contra las decisiones que adopten los tribunales administrativos en relación con la validez de los actos de los alcaldes que les sean remitidos por los gobernadores para su revisión, no procede recurso alguno, como expresamente lo señala el artículo 75 de la Ley 11 de 1986, de ello se deriva la indefectible conclusión de que la competencia de dichas corporaciones para conocer de tales asuntos les fue atribuida en única instancia, y que, consecuentemente, ninguna providencia que sobre ellos recaiga es susceptible de ser recurrida en apelación, pues la premisa básica para la procedencia de tal recurso, es la de que se trate de decisiones adoptadas en los negocios cuya competencia esté atribuida en primera instancia a los tribunales administrativos.

De acuerdo con lo anterior, al tratarse de un asunto atribuido a los tribunales administrativos en única instancia, el Consejo de Estado carece de competencia para conocer del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 3 de noviembre de 1995, que impone la decisión de inadmitirlo.

En mérito de lo expuesto, el Despacho

**RESUELVE:**

1°. INADMITESE el recurso de apelación interpuesto por el Gobernador del Departamento de Casanare contra el auto de 3 de noviembre de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo de dicho Departamento.

2°. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al tribunal de origen, previas las anotaciones de rigor.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

*Libardo Rodríguez Rodríguez* Consejero de Estado.

**UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL-  
Funciones / AERONAVES A PISTON - Prohibición de Funcionamiento /  
EMPRESAS DE AERONAVES A PISTON Prohibición de Constitución /  
NAVEGACION AEREA / ACTIVIDAD PELIGROSA / INTERES GE-  
NERAL**

La navegación aérea constituye una actividad peligrosa, razón por la cual la ley persigue que se preste con mayor seguridad y eficiencia en beneficio de la colectividad, cuyos integrantes cada día, por múltiples razones y necesidades, requieren acudir a ella. El parágrafo 3 del artículo 48 de la ley 105 de 1993 hace radicar en la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil el control de dicho tráfico y la “responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas” e igualmente le otorga facultad para supervisar la seguridad aérea y su control técnico. Y el parágrafo 2° con claridad meridiana le permite “regular el uso del equipo que debe operar...” en cada uno de los aeropuertos del país, a fin de lograr la especialización de éstos; lo que significa que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil puede producir, en cumplimiento de la delicada misión que se le ha encomendado, actos relativos a las aeronaves que operan en los aeropuertos colombianos, y fue eso lo que precisamente ocurrió cuando se dispuso prohibir “la operación de aeronaves monomotor a pistón en el Aeropuerto Internacional Eldorado: conclusión a la que se llega si se tienen en cuenta los considerandos de la resolución impugnada, en los cuales aparece el inequívoco deseo de permitir, con la prohibición de dicha, la agilización de operaciones aéreas que garanticen “la seguridad en el transporte de personas y carga”. La Ley 105 de 1993 faculta a la Aeronáutica Civil para regular el uso de equipos, entendiéndose con ello abarca o comprende la posibilidad de que se prohíba maniobrar u operar determinada clase de aeronaves, todo teniendo en cuenta la peligrosidad de tal labor y la seguridad que debe brindarse para el transporte de personas y cargas; lo que lógicamente se hace extensivo a la constitución de empresas cuyo equipo de vuelo se conforma por las aeronaves a que se refiere la prohibición correspondiente, pues esto, sin duda, con-

**cierne a la regulación del uso de equipos, ya que carecía de sentido permitir que se formen empresas que tengan por objetivo llevar a cabo la operación de aeronaves a las que se refiere la prohibición.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Manuel S. Urueta Ayola*.

Radicación 3355.

Actor: Leony Remedios Iguarán de Soto.

La Sección Primera procede a dictar sentencia de única instancia, para resolver la demanda que dio origen al proceso de la referencia, instaurada por Leony Iguarán de Soto, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., a fin de obtener que se declare la nulidad de la Resolución 08332 del 28 de diciembre de 1994, expedida por el director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

## I. ANTECEDENTES

### 1. El acto acusado

RESOLUCION NUMERO 08332 DE 1994

(diciembre 28)

*por la cual se prohíbe la operación de aeronaves tipo motor a pistón y se suspende la autorización de constitución de nuevas empresas con aeronaves de pistón,*

El Director General de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, en ejercicio de sus facultades legales y en especial las que le conceden los parágrafos 2 y 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993, artículos 3º y 5º., numerales 2, 3 y 5 del Decreto 2724 de 1993, y

## CONSIDERANDO:

1. Que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil tiene como objetivo principal la administración del espacio aéreo en condiciones de seguridad y eficiencia;
2. Que para el cumplimiento de su objetivo, la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil organizará, coordinará y regulará la navegación aérea que se desarrolle en el espacio aéreo sometido a la soberanía nacional, para garantizar la operación segura y eficaz del transporte aéreo;

## SECCION PRIMERA

3. Que corresponde a la Dirección General expedir las disposiciones necesarias para el desarrollo de los objetivos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil;

4. Que debido a la excesiva congestión que actualmente presenta el tráfico aéreo del Aeropuerto Internacional Eldorado de Santa Fe de Bogotá, se hace necesario adoptar con carácter urgente una serie de medidas que permitan la agilización de las operaciones aéreas y garanticen la seguridad en el transporte de pasajeros y carga;

5. Que la rata de ascenso de cierto tipo de aeronaves que decolan en el Aeropuerto Internacional Eldorado de Santa Fe de Bogotá es mínima o deficiente, debido a su capacidad limitada de rendimiento operacional, de peso y velocidad, con respecto a la altura que sobre el nivel del mar se encuentra ubicado el mencionado terminal aéreo,

### RESUELVE:

Artículo 1°. Prohíbese a partir de la fecha, la operación de aeronaves monomotor a pistón en el Aeropuerto Internacional Eldorado.

Artículo 2°. La Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil autorizará la constitución de nuevas empresas cuyo equipo de vuelo esté conformado por aeronaves a pistón DC-3, DC-4, DC-6, PBY y Curtiss C-46.

Artículo 3°. A partir del primero (1°) de julio de 1995 no se autorizará la operación de aeronaves DC-3, DC-4, DC-6, PBY, Curtiss C-46 en el Aeropuerto Eldorado.

Artículo 4°. La presente resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

### 2. Los hechos de la demanda

Del texto de la demanda se desprende que son los siguientes: Que la demanda expidió la resolución acusada, mediante la cual se establecieron las prohibiciones que figuran en ella, con violación de normas constitucionales y legales.

### 3. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

*Primer Cargo.* Al decir de la parte actora, el acto administrativo acusado se produjo con extralimitación de la función de inspección y vigilancia tanto de las operaciones de las aeronaves como de la constitución de nuevas empresas aéreas, ya que se usurpó una función propia del órgano legislativo, como se desprende de los artículos 48 de la Ley 105 de 1993; 150, numeral 8° y 189, numeral 22, de la Constitución Política, disposiciones que fueron violadas.

*Segundo Cargo.* Señala la actora que se incurrió en violación de los artículos 2°, 6°, 13, 24, 25, 26, 38, 58, 83, 84 y 95 de la Constitución Política, pues se violaron los

siguientes derechos: Igualdad de las personas frente a la ley, libertad de locomoción, libertad de trabajo, libertad de escoger profesión u oficio, libertad de asociación, propiedad privada y derechos adquiridos legítimamente, presunción de buena fe de los propietarios, operadores o eventuales forjadores de nuevas empresas, aeronaves a pistón.

Tercer cargo. Afirma que se violó el debido proceso, lo que concreta del siguiente modo:

“La garantía constitucional del artículo 29, se viola en forma flagrante con la Resolución acusada, toda vez que el Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, no aplicó el debido proceso legal en los trámites de elaboración y puesta en rigor del acto administrativo contenido en la resolución demandada y en la medida en que dio por probados algunos hechos en esa decisión. Según el señor Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil la rata de ascenso de cierto tipo de aviones que decolan en el Aeropuerto Eldorado de Santa Fe de Bogotá, es mínima o deficiente... afirmación susceptible de prueba controvertida, previo un debido proceso que no se cumplió, y lo que genera la nulidad del acto respectivo, en obediencia del último inciso del artículo 29 de la C.N.A. los propietarios y operadores de equipos a pistón no se les dio la oportunidad de expresar su opinión sobre lo que decidió la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil en la Resolución impugnada, ni se les respetó su derecho de defensa, con los preceptos generales y mínimos del artículo 5°. de la Ley 58 de 1982”.

Agrega la demandante:

“...una cosa es regular el uso del equipo que debe operar en cada uno de los aeropuertos y otra muy distinta, es prohibir la operación de determinado equipo aéreo o la constitución de nuevas empresas. Prohibir una actividad comercial lícita es función del legislador y no de la administración pública”.

### RAZONES DE LA DEFENSA

Se encuentran contenidas en los siguientes párrafos de su alegato de conclusión:

“1. Por haber tenido origen la Resolución número 08332 del 28 de diciembre de 1994 de una parte y dentro del marco administrativo de las funciones establecidas por el Decreto 2724 de 1993, le compete a la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil entre otras funciones, la administración del espacio aéreo en condiciones de seguridad y eficiencia (art. 3) no cabe la menor duda que fue expedida en ejercicio de las facultades previstas en los parágrafo 2 y 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993 pues no ostenta carácter de falsa motivación o abuso de poder”.

“2. De otra parte se tiene, que al haber sido cuestionada en muchas ocasiones la seguridad aérea en el territorio colombiano entre ellas por medio de la Acción de Tutela No. T. 552/93 en sentencia proferida por la Corte Constitucional el 30 de noviembre de 1993 ordenó la constitución de un comité de expertos en seguridad aeronáutica el

## SECCION PRIMERA

cual formulo recomendaciones que fueron acatadas por la Entidad demandada según oficio de diciembre 5 de 1994 dirigido a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, que junto con los demás antecedentes que militan como prueba dentro del expediente, aunque no se encuentran consignados en la parte considerativa de la resolución acusada, se enderezan a que la Entidad demandada prohíba la operación de aeronaves que constituyan un peligro contra la seguridad aérea y la constitución de empresas dedicadas a la operación las mismas aeronaves; al caso viene lo consignado entre otros aspectos en el punto 3.6 del citado informe así: 'insuficiencia en materia de terminales debido al crecimiento de operaciones aéreas' todo lo cual conllevó a una mayor congestión e inseguridad en el espacio aéreo colombiano lo cual se corrobora con los puntos 1.2, 1.10, 1.15, 1.19, 1.20, 1.22, 1.32, 1.33, 1.40, 1.44, 1.46, 1.47, 1.48, 1.54, 1.65, 2.3 y 3.6 del mismo informe”.

### LA ACTUACION SURTIDA

1. Por auto del 30 de junio de 1995 se admitió la demanda instaurada y se denegó la suspensión provisional pedida por la actora.

2. Dicha providencia se notificó personalmente al Agente del Ministerio Público y a la Directora general de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil.

3. La contestación a la demanda se tuvo por no hecha en vista de que el escrito correspondiente se presentó de manera extemporánea.

4. A las partes se les corrió traslado para alegar de conclusión mediante auto del 30 de octubre de 1995.

5. Por conducto de su apoderado, la entidad demandada presentó su alegato en tiempo (folios 58-59); y el Agente del Ministerio Público, tal como consta a los folios 60-61, también lo hizo.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

Considera el señor Procurador Delegado ante esta Corporación que con el acto atacado no se cometió la violación de normas superiores, pues él se produjo teniendo en cuenta la prevalencia del interés general sobre los intereses particulares, lo que “...implica el sacrificio de garantías de que goza un número determinado de personas... en pro de intereses más esenciales que favorecen a toda la comunidad...”, y con base en ello la Dirección General de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica “...ejerce su función de coordinar y regular la navegación aérea, con el fin de garantizar la operación segura y eficaz del transporte...”.

Y agrega que dentro del marco que señala el parágrafo 2º. del artículo 48 de la Ley 105 de 1993 “...la administración procedió a tomar las medidas preventivas restrictivas del caso, acogiendo como supuestos de hecho de tal decisión la realidad técnica, operativa y de seguridad de los aeropuertos del país, y acató a su vez las recomendaciones formuladas por el Comité de Expertos en Seguridad Aeronáutica”.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. En el encabezamiento de la Resolución número 08332 de 1994 impugnada a través de la demanda por la cual se instauró el presente proceso, se dice que ésta se expide en ejercicio de las facultades que otorgan los parágrafos 2 y 3 del artículo 48 de la Ley 105 de 1993 y los artículos 3°. y 5°, numerales 2- 3 y 5, del Decreto 2724 de 1993; por lo cual, con el objeto de saber si se obró, o no, dentro del marco de dichos preceptos, es necesario precisar el contenido y alcance de ellos.

2. La navegación aérea constituye una actividad peligrosa, razón por la cual la ley persigue que se preste con la mayor seguridad y eficiencia en beneficio de la colectividad, cuyos integrantes cada día, por múltiples razones y necesidades, requieren acudir a ella. El parágrafo 3. del artículo 48 de la Ley 105 de 1993 hace radicar en la Unidad Administrativa de Aeronáutica Civil el control de dicho tráfico y la “responsabilidad por el correcto funcionamiento de las ayudas aéreas” e igualmente le otorga facultad para supervisar la seguridad aérea y su control técnico. Y el parágrafo 2°. con claridad meridiana le permite “regular el uso del equipo que debe operar...” en cada uno de los aeropuertos del país, a fin de lograr la especialización de éstos; lo que significa que la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil puede producir, en cumplimiento de la delicada misión que le ha sido encomendada, actos relativos a las aeronaves que operan en los aeropuertos colombianos, y fue eso precisamente lo que ocurrió cuando se dispuso prohibir “la operación de aeronaves monomotor a pistón en el Aeropuerto Internacional Eldorado: conclusión a la que se llega si se tienen en cuenta los considerandos de la Resolución impugnada, en los cuales aparece el inequívoco deseo de permitir, con la prohibición dicha, la agilización de operaciones aéreas que garantizan “la seguridad en el transporte de personas y carga”, debido a que la rata de ascenso de cierto tipo de aeronaves, como la que se señaló, que decolan en el mencionado aeropuerto, es mínima por causa de “su capacidad limitada de rendimiento operacional, de peso y velocidad, con relación a la altura que sobre el nivel del mar se encuentra ubicado el mencionado terminal aéreo”.

3. Lo anterior, además, armoniza con lo que prescribe el artículo 3°. del Decreto 2724 de 1993, según el cual corresponde a la entidad demandada “...la administración del espacio aéreo en condiciones de seguridad y eficiencia...”, para cuyo logro como lo prevé su artículo 5°, la Aerocivil tiene, entre otras funciones, las de dirigir y regular “...la navegación aérea que se desarrolle en el espacio aéreo sometido a la soberanía nacional” y también “desarrollar, interpretar y aplicar en todos sus aspectos las normas sobre aviación civil y transporte aéreo y ejercer vigilancia sobre su cumplimiento”.

4. Por consiguiente, la regulación que contiene el acto administrativo acusado hállase dentro del marco de funciones que compete, con respecto a esta materia concreta, a la administración, la cual debe buscar, como lo prevé el inciso 2°. del artículo 2°. de la Constitución Política, la protección de la vida, bienes y demás derechos de los residentes en Colombia, síntesis ésta del alcance y contenido de la función administra-

## SECCION PRIMERA

tiva del Estado; por lo cual, ante tal realidad normativa, no resulta acertada la aseveración de la demandante en el sentido de que la medida tomada por la Aerocivil sólo podía ser adoptada por el órgano legislativo.

5. Agrega el demandante, a fin de sustentar su tesis, que la administración no tiene competencia para prohibir la operación de aeronaves a que se contrae la Resolución 08332 o la autorización para que se constituyan "nuevas empresas cuyo equipo de vuelo esté conformado por aeronaves a pistón DC-3, DC-4, DC-6, PBY y Curtiss C-46", que "una cosa es regular el uso del equipo que debe operar en cada uno de los aeropuertos y otra muy distinta es prohibir la operación de determinado equipo aéreo o la constitución de nuevas empresas. Prohibir una actividad comercial lícita es función del legislador y no de la administración pública".

6. Pero la diferenciación hecha por la demandante carece de sentido a la luz de la Ley 105 de 1993, pues cuando esta norma faculta a la Aeronáutica Civil para regular el uso de equipos, entiéndese que con ello abarca o comprende la posibilidad de que se prohíba maniobrar u operar determinada clase de aeronaves, todo teniendo en cuenta la peligrosidad de tal labor y la seguridad que debe brindarse para el transporte de personas y cargas; lo que lógicamente se hace extensivo a la constitución de empresas cuyo equipo de vuelo se conforme por las aeronaves a que se refiere la prohibición correspondiente, pues esto, sin duda, concierne a la regulación del uso de equipos, ya que carecería de sentido permitir que se formen empresas que tengan por objetivo llevar a cabo la operación de aeronaves a las que se refiere la prohibición.

Por otra parte, la actora confunde una prohibición de actividad lícita cualquiera con la reglamentación que se refiere a que operen ciertos equipos en un aeropuerto del país. La diferencia es sustancial entre esas dos situaciones. La última tiene un propósito específico y se apoya sobre principios de interés colectivo, como es la seguridad de los asociados, amen de que se sujeta a las pautas previstas en la ley y a los mandatos constitucionales (arts. 150,8 C.Pol 48, L.105/93; 3°. y 5° D. 2724/93).

En consecuencia, el primer cargo se rechaza por cuanto el acto acusado no extralimitó la competencia de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

7. En cuanto al segundo cargo, tampoco se le encuentra soporte alguno que conduzca a su prosperidad. Si bien es cierto que los ciudadanos son iguales ante la ley; que nuestra Carta Fundamental protege las libertades de locomoción, de trabajo de escoger profesión y oficio y de asociación; que, asimismo, gozan de especial protección la propiedad privada y los demás derechos adquiridos legítimamente, no es menos evidente que, como se precisó en párrafos precedentes, el Estado, al ejercer su función administrativa, como cuando desarrolla normas de carácter general o expide resoluciones, por ejemplo, debe obrar, ante todo, dentro del marco del artículo 2° de la Constitución, teniendo en cuenta que las autoridades se hallan instituidas para proteger la vida, honra y bienes de los residentes en el territorio colombiano, y dándole prevalencia al interés general sobre los intereses particulares, como lo estatuye el artículo 1°. *ibidem* y como con acierto lo anotó en su concepto el señor Procurador

Delegado ante esta Corporación; por lo cual, al expedirse un acto como el impugnado por la demandante, en el que entran en juego de manera principal la seguridad y eficiencia del tráfico aéreo, actividad peligrosa, cuyo defectuoso servicio puede generar situaciones lamentables que afecten profundamente el interés general, no es extraño que ciertos derechos se vean restringidos o limitados con base en la Constitución Política, por lo que no resulta acertado calificar dicho acto de ser violatorio de este mismo ordenamiento fundamental.

Ello tampoco implica desconocimiento del principio de la buena fe a que deben ceñirse las autoridades públicas y los particulares, aun cuando resultan afectados con una medida como la que se impugna, pues como es obvio, ellos están sometidos a las regulaciones generales y específicas que se expidan teniendo como finalidad la realización de las aspiraciones individuales y colectivas.

El cargo no prospera:

8. Con respecto a la violación del debido proceso en que, según la demandante, se incurrió al expedirse la resolución impugnada, obsérvase que en el *sub lite*, el principio de audiencia consagrado en el artículo 5 de la Ley 58 de 1982 está referido a los casos en que haya partes, no a aquéllos de contenido general, para los cuales no haya un procedimiento especial que así lo exija. Asimismo, el actor no expresó qué normas legales imponían la obligación de la audiencia de los propietarios y operadores de equipos a pistón y de que se le diera la oportunidad de expresar su opinión, previa a la expedición del acto acusado. En cuanto a la afirmación de la parte motiva que controvierte, no adujo elemento probatorio alguno tendiente a desvirtuarla.

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

#### **FALLA:**

1. DENIEGANSE las pretensiones de la demanda.
2. Comuníquese esta sentencia, acompañando copia de la misma, al Director de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.
3. En firme este fallo, archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión de fecha 15 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Presidente; *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Manuel S. Urueta Ayola*, *Juan Alberto Polo Figueroa*.

**ACTO ADMINISTRATIVO /NULIDAD/ DECAIMIENTO DEL ACTO -  
Efectos / RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO / PRETENSIONES /  
RELACION DE CAUSALIDAD - Inexistencia / RESTABLECIMIENTO  
DEL DERECHO -Improcedencia**

El decaimiento del acto sólo tiene como virtualidad la extinción del mismo, pero con efectos jurídicos hacia el futuro, razón por la cual no legitima ni enerva los vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad en que hubiera incurrido el acto. La declaratoria de nulidad conlleva a un restablecimiento automático del derecho, en lo que tiene que ver con la pretensión consistente en que la demandante no está obligada a reformar sus estatutos y que puede continuar desarrollando normalmente su objeto social, a que se refiere el literal a) del petitum de la demanda, pues los artículos 4° y 5° del acto acusado que imponían tal obligación e impedían el desarrollo del objeto social, desaparecieron del mundo jurídico en virtud de la declaratoria de nulidad, por lo cual es viable acceder a dicha pretensión en la forma solicitada en la demanda. Las pretensiones relacionadas de los literales b) y c) de la demanda, consistentes en que se declare que la demandante no puede ser considerada como Asociación Gremial Agropecuaria por lo cual el control y vigilancia de sus actividades corresponde a la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá y no al Ministerio de Agricultura. Por no guardar relación de causalidad alguna con lo dispuesto en los artículos 4° y 5° declarados nulos y antes transcritos, no tienen vocación de prosperidad. Dichas pretensiones tampoco guardan relación de causalidad con la causal (decaimiento del acto) que sirvió al *aquo* como fundamento para la declaratoria de nulidad, y no puede, por ello, la Sala pretender variar los efectos de tal declaratoria, para hacer depender de los mismos el restablecimiento del derecho impetrado.

*Consejo de Estado - Sala de Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 2241

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 4 de agosto de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Actora: Asociación Club Canino Colombiano.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 4 de agosto de 1995, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en cuanto denegó el restablecimiento del derecho solicitado en los literales a), b) y c) de la segunda pretensión de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I. 1. La ASOCIACION CLUB CANINO COLOMBIANO, 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 esta Corporación, la cual fue remitida por competencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a obtener que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª. Son nulos los artículos 2º. a 5º. de la Resolución no. 00633 de 11 de agosto de 1992 "Por la cual se resuelve un recurso y se adoptan otras determinaciones", expedida por el Ministerio de Agricultura.

2ª. Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare:

a) Que la demandante no está obligada a reformar sus estatutos y por tanto puede continuar desarrollando normalmente su objeto social.

b) Que la demandante no puede ser considerada como una Asociación Gremial Agropecuaria y por tanto el control y vigilancia sobre sus actividades corresponde a la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá y no al Ministerio de Agricultura.

c) Que el Ministerio de Agricultura deberá cancelar el registro de la actora como Asociación Gremial Agropecuaria y remitir la documentación pertinente a la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá.

I. 2. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1º. Debe advertirse que desde el punto de vista legal la actividad canina no puede ser considerada como actividad ganadera o pecuaria, y no desde el punto de vista técnico o puramente semántico, como mal lo estimó el Ministerio de Agricultura en la Resolución acusada.

## SECCION PRIMERA

Olvida dicha Resolución que es la misma ley la que para efectos de su aplicación establece la diferencia alegada, como se desprende de las Leyes 74 de 1926 (artículo 8°, en parágrafo 10, 11 y 13), 200 de 1936 (artículo 1°), 135 de 1961 (artículo 24 numeral 2°.) y la Ley 20 de 1979 (artículo 14); y de los Decretos 1157 de 1940 y 1414 del mismo año (artículo 2°.) 1545 del 1953 (artículo 1° y 6°) y 112 de 1995 (artículo 30), que encuentran sólido fundamento en el artículo 65 de la Constitución Política, de cuyo contenido resulta difícil entender cómo la actividad canina, de considerarse actividad pecuaria, podría contribuir directa o indirectamente a la producción de alimentos.

De conformidad con las disposiciones legales y constitucionales antes mencionadas es perfectamente claro que la actividad canina no puede ser considerada como actividad ganadera y por ello las normas en que se fundamenta el acto acusado no pueden aplicarse.

La sola expedición de los Decretos 286 y 1025 de 1967 indica con meridiana claridad que a la actividad canina no le son aplicables las disposiciones sobre ganadería y particularmente la Ley 74 de 1926 y el Decreto 1545 de 1953.

Por lo expuesto, el acto acusado violó los artículos 65 de la Constitución Política, 13 de la Ley 74 de 1926, 1° de la Ley 200 de 1936, el Decreto 1157 de 1940, 2° del Decreto 1414 de 1940, 4° numeral 2° de la Ley 135 de 1961 y 14 de la Ley 20 de 1979.

2°. Al considerar al acto acusado a la demandante como Asociación Gremial Agropecuaria, sin serlo, vulnero lo dispuesto para estas últimas en los artículos 3° literal c) y 8° del Decreto Ley 2420 de 1968; 3° numerales 2 y 3, y 12 del Decreto Ley 133 de 1976; 2° del Decreto 829 de 1984, 3° literal l) y 19 literal a) del Decreto Ley 501 de 1989.

3°. Actualmente no existe una reglamentación de la actividad canina o cinológica, hay plena y total libertad no sólo para constituir entidades caninas especializadas sino para que éstas lleven o no los libros genealógicos de todas las razas puras o de una sola de ellas.

4°. En el presente caso se violan los artículos 215 de la Constitución de 1886, 4° inciso 1°, 13, 14, 16 y 38 de la Constitución Política de 1991, al exigir el Ministerio de Agricultura a la demandante que reforme sus estatutos, por razones no establecidas previa y expresamente por la ley. En efecto, los artículos 1° y 6° del Decreto 1545 de 1953, que sirvieron de sustento al acto acusado no son aplicables por consiguiente: la actividad canina no se considera como actividad ganadera o pecuaria; dichas normas se refieren a las asociaciones especializadas y la actora no lo es; la autorización dada a las asociaciones de criadores de razas pura de ganado para llevar los libros de la raza respectiva no puede convertirse en una prohibición que impida que tal actividad pueda ser adelantada por otras entidades caninas especializadas o no; y por cuanto los citados artículos no podían ni pueden ser aplicados, de conformidad con lo estatuido en el

artículo 215 de la Constitución de 1886 y 4° de la Carta Política de 1991, como tuvo oportunidad de precisarlo la Sección Primera del Consejo de Estado al decretar la suspensión provisional de tales artículos.

5°. Se violó el principio de la *reformatio in pejus*, que conforme a la sentencia de 27 de octubre de 1975, de la Sección Primera del Consejo de Estado, rige en el campo del procedimiento administrativo y contencioso administrativo, porque el Ministro de Agricultura al resolver el recurso y haciendo más gravosa la situación al único apelante exigió adicionalmente la modificación de sus estatutos.

6°. La Resolución acusada se expidió con abuso o desviación de poder pues, como se deduce de los antecedentes administrativos y de los elementos de prueba que se allegarán al proceso, no fue propiamente la satisfacción de los intereses generales de la colectividad la que indujo al Ministerio de Agricultura a adoptar las determinaciones del acto acusado sino las particulares de la denominada “Asociación Colombiana de Criadores de Rottweiler -A.C.R.-”, al otorgarle ilegalmente la exclusividad de llevar los libros y registros de esa raza canina y prohibirle a la actora seguir desarrollando esa actividad.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera (folios 299 a 327 del cuaderno no. 1).

1°. Se accederá a la primera pretensión de la demanda por haberse presentado el decaimiento del acto administrativo acusado ya que las normas que le sirvieron de fundamento (los artículos 1° y 6° del Decreto 1545 de 1953) fueron declarados nulas por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 11 de marzo de 1993.

2°. En cuanto al restablecimiento del derecho formulado en la demanda se deniega ya que el actor debe someterse a las formalidades y requisitos previstos para el ejercicio de su actividad en el artículo 1° del Decreto 1678 de 26 de agosto de 1993, expedido por el Gobierno Nacional, el cual le dio plena competencia a la Dirección General de Producción del Ministerio de Agricultura para abrir y llevar los libros de genealogías, donde deberán registrarse los ejemplares de razas puras de cualquier clase de ganado producido en el país o importado, y expedir los certificados correspondientes.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la actora sustenta los motivos de inconformidad con la sentencia apelada, en síntesis, así (folios 6 a 8 del cuaderno No. 3).

1°. La sentencia no tuvo en cuenta los dos planteamientos alrededor de los cuales gira la demanda:

## SECCION PRIMERA

a) que la actividad canina no puede ser considerada como actividad ganadera o pecuaria por cuanto los ejemplares caninos no son "ganado" y, por ende, no le son aplicables las disposiciones legales que regulan esta última actividad; y

b) Que las entidades caninas, especializadas o no, no pueden considerarse como Asociaciones Gremiales Agropecuarias por cuanto sus actividades no son pecuarias ni su objeto contribuye al desarrollo del sector rural nacional.

### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Segundo Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se acceda a la pretensión a) de la demanda por cuanto la Asociación Club Canina Colombiano no está obligada a reformar los estatutos.

En cuanto a las pretensiones b) y c), el control de las actividades de la Asociación actora corresponde a la Alcaldía de Santa Fe de Bogotá, en tanto no se trate de expedir certificados de razas puras que requieren del registro en el libro de genealogías que se lleva en la Dirección General de Producción del Ministerio de Agricultura.

### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El fundamento del recurso de apelación se circunscribe a las pretensiones de restablecimiento del derecho, a que aluden los antecedentes antes reseñados.

Los motivos de inconformidad del recurrente descansan en el hecho de que el *aquo* no tuvo en cuenta los planteamientos expresados en la demanda y por ello no accedió a tales pretensiones.

Es cierto que el Tribunal declaró la nulidad del acto administrativo acusado por la causal (decaimiento del acto), que además de no ser causal de nulidad, no fue esgrimida como tal en el libelo demandatorio y por lo mismo, no analizó los cargos que se formularon en él, de los cuales hubiera podido depender el restablecimiento del derecho impetrado.

Cabe resaltar al respecto que el decaimiento de acto sólo tiene como virtualidad la extinción del mismo, pero con efectos jurídicos hacia el futuro, razón por la cual no legitima ni enerva los vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad en que hubiera incurrido el acto.

Observa la Sala que en el presente caso la declaratoria de nulidad conlleva a un restablecimiento automático del derecho, en lo que tiene que ver con la pretensión consistente en que la demandante no está obligada a reformar sus estatutos y que puede continuar desarrollando normalmente su objeto social, a que se refiere el literal a) del petitum de la demanda, pues los artículos 4º y 5º del acto acusado que imponían tal obligación e impedían el desarrollo del objeto social, desaparecieron del mundo jurídico en virtud de la declaratoria de nulidad, por lo cual es viable acceder a dicha pretensión en la forma solicitada en la demanda.

En efecto, los citados artículos dispusieron:

“Artículo 4°. *La Asociación Club Canino Colombiano –A.C.C.C.–*, debe suspender la expedición de certificados de la Raza Canina Rottweiler, e igualmente, abstenerse de llevar los libros genealógicos de la citada raza, sopena (sic) de hacerse acreedora a las sanciones correspondientes”.

“Artículo 5°. Con el propósito de fomentar la constitución de Asociaciones Especializadas de Raza, a fin de lograr una mejor selección, control y adiestramiento de cada una de ellas, la *Asociación Club Canino Colombiano –A.C.C.C.–*, deberá adaptar sus estatutos, en forma tal que solo pueda expedir registros de una raza específica, exceptuando aquellas que ya están constituidas y reconocidas como Asociaciones Especializadas por parte de este Ministerio, para lo cual se le concede un término de sesenta (60) días contados, a partir de la fecha de ejecutoria de la presente resolución”.

En lo referente a las pretensiones relacionadas de los literales b) y c) de la demanda, consistentes en que se declare que la demandante no puede ser considerada como Asociación Gremial Agropecuaria por lo cual el control y vigilancia de sus actividades corresponde a la Alcaldía Mayor de Santa Fe de Bogotá y no al Ministerio de Agricultura, entidad ésta que debe cancelar el registro de aquélla y remitir la documentación a dicha Alcaldía, por no guardar relación de causalidad alguna con lo dispuesto en los artículos 4°. y 5°. declarados nulos y antes transcritos, no tienen vocación de prosperidad.

De otra parte, dichas pretensiones tampoco guardan relación de causalidad con la causal (decaimiento del acto) que sirvió al *aquo* como fundamento para la declaratoria de nulidad, y no puede, por ello, la Sala pretender variar los efectos de tal declaratoria, para hacer depender de los mismos el restablecimiento del derecho impetrado, pues, al no haber sido impugnada a este respecto la sentencia, cobró firmeza, tornándose así inmodificable sobre este tópico.

Por las razones precedentes, y no por la aducida en la sentencia apelada, habrá de confirmarse ésta, pero sólo en cuanto a la denegatoria de las pretensiones b) y c) se refiere.

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:

1°. MODIFICASE el ordinal 2° de la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone:

Como consecuencia de la declaratoria anterior, la demandante no está obligada a reformar sus estatutos y por tanto puede continuar desarrollando normalmente su objeto social.

## SECCION PRIMERA

2°. CONFIRMASE el citado ordinal en cuanto a las pretensiones de los literales b) y c) del petitum de la demanda se refiere.

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 de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 15 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES - Estructura / ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones / GOBERNADOR DEPARTAMENTAL - Funciones / AUTONOMIA ADMINISTRATIVA - Alcances**

Las facultades cuestionadas, en relación con la Contraloría Departamental corresponden a las Asambleas Departamentales, no sólo por que a ellas compete, de manera general, determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo, sino por que se trata de funciones privativas, conferidas de manera específica por la Constitución. Es así como el artículo 272 inciso tercero, en concordancia con el artículo 268 numeral 9, le confiere la atribución de organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal y todo lo relativo a su funcionamiento. El detalle de las funciones de todo empleo público está referido a la ley o al reglamento, y bien es sabido que en el orden Departamental, sólo las Asambleas tienen de manera general la potestad reglamentaria sobre todo aquello que es de la órbita o competencia de los Departamentos. En materia de creación, fusión supresión de cargos, como parte de la organización departamental. Hay una sola excepción que es la contenida en el numeral 7 del artículo 305 de la Carta. La precitada norma suprema faculta al gobernador para “crear, suprimir y fusionar los empleos de su dependencia, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley a las ordenanzas respectivas”. La autonomía administrativa que se le reconozca a cualquiera de sus entidades u organismos, es necesariamente limitada; es pues una autonomía relativa, cuyo alcance está dado en primer lugar por la Constitución y luego por la ley, en términos de funciones y competencias.

**ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones / DELEGACION - Improcedencia / CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Funciones /REMUNERACION DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LAS CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES - Iniciativa**

Las Asambleas Departamentales no pueden hacer ninguna delegación en cabeza del Contralor, por no estar autorizados para ello, como sí lo

## SECCION PRIMERA

están con respecto al Gobernador (artículo 300 num. 9, C.P.) y en favor de los Concejos Municipales, por cierto en los casos que señale la ley (artículo 301 *ibidem*). El carácter taxativo de estos eventos excluye a cualquiera otra autoridad administrativa como posible delagataria de las Asambleas. El numeral 9 del artículo 268, aplicable a los Contralores territoriales por remisión del 272, ambos de la Constitución, el cual faculta a éstos para “presentar proyectos de Ley (léase ordenanzas para el caso) relativos al régimen de control fiscal y a la organización y funcionamiento de la contraloría...” Se ha dado por sentado que la facultad de organizar comprende la de “determinar la escala de remuneración salarial”, entre otras, y que los gastos de representación tienen carácter remunerativo en relación con los servidores públicos, la consecuente y lógica interpretación del mandato constitucional precitado, es la de reconocer entonces que la iniciativa que se le confiere al Contralor Departamental para presentar proyectos de ordenanza en materia de organización y funcionamiento del organismo a su cargo, comprende la de incluir en ellas propuestas sobre la remuneración de los empleados y funcionarios de la misma.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., dieciocho (18) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*.

Radicación número 3452.

Referencia: Autoridades Departamentales .

Actor: Hernán Heriberto Samboni Adrada.

Se procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, fechada el 18 de julio de 1995, mediante la cual se hacen las declaraciones pedidas por el actor.

### I. ANTECEDENTES

#### 1: La decisión

La sentencia objeto de la alzada, previo el trámite de rigor, declaró a petición del doctor Samboni Adrada, la nulidad de las siguientes disposiciones ordenanzaes del Departamento del Cuaca:

-Del artículo 18 de la Ordenanza número 001 del 19 de enero de 1994, “por la cual se establece la estructura orgánica de la Contraloría Departamental, se asignan

las funciones de cada dependencia y se dictan otras disposiciones”, en la parte que dice:

“...adecuará la planta de personal a la estructura orgánica establecida en la presente ordenanza, para el correcto cumplimiento de las nuevas tareas asignadas por la Constitución y la ley, y señalará sus funciones específicas acordes con las adecuaciones que se expidan.”

Asimismo en su párrafo, que dice:

“Párrafo. Una vez expedido el Manual de Funciones y requisitos mínimos por parte del señor Contralor Departamental, conforme a la nueva estructura orgánica de la Contraloría, los servidores públicos que actualmente se encuentren vinculados a ella, e inscritos en cargos de carrera deben ser incorporados a la nueva planta, en cargos de carreras equivalentes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para el desempeño del respectivo empleo, sin que en ningún caso, pueda desmejorarse su situación laboral”.

- Los artículos 21 y 22 de la Ordenanza número 002 del 19 de enero de 1994, “por la cual se establece el sistema de nomenclatura, clasificación de cargos de la Contraloría Departamental del Cauca y se fijan las escalas de remuneración correspondientes a dichos cargos y se dictan otras disposiciones”. El texto de tales artículos es el siguiente:

“Artículo 21 *De la asignacion mensual*

“Las asignaciones mensuales correspondientes a la nomenclatura y grados definidos en la presente ordenanza serán fijados por el Contralor General del Departamento mediante Resolución conforme a los parámetros que dicte la Asamblea Departamental y en ningún caso serán inferiores ni superiores a las que corresponden para cargos con funciones y responsabilidades similares a las de la Administración Central del Departamento.

“La Asamblea Departamental autorizará al contralor para incrementar salarios anuales conforme a los parámetros de ley, con un visto bueno de una Comisión de seis (6) Diputados designados por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental para tal fin.

“Párrafo 1. El Contralor Departamental devengará una asignación mensual igual a la que devengue el Gobernador del Departamento, entiendo, para los efectos de la presente Ordenanza por asignación mensual el valor equivalente a sueldo más gastos de representación.

“Párrafo 2. Autorízase al señor Gobernador del Departamento del Cauca para efectuar los créditos y contracréditos al Presupuesto Departamental de 1994 y a su vez ser transferidos a la Contraloría Departamental para dar cumplimiento a la presente Ordenanza.

## SECCION PRIMERA

“Artículo 22. De los gastos de representación. “Devengarán Gastos de Representación los cargos que se encuentran ubicados en los niveles: Ejecutivo, Asesor y Directivo y en los Grados II, III y IV del nivel profesional. Los investigadores Fiscales del Nivel Técnico Grado II devengarán Gastos de Representación a partir de la vigencia de 1995.

“Devengarán gastos de representación el cargo de Secretarías Ejecutivas Grado 4 del Nivel Técnico para la vigencia de 1995.

“Parágrafo. los cargos desempeñados por empleados sin título profesional y que en la anterior planta de personal devengaban gastos de Representación, al ser incorporados a la nueva planta con la anterior denominación, similar u homologados continuarán devengándolos”.

- El artículo 3° de la Ordenanza número 003 del 19 de enero de 1994, cuyo tenor literal es:

“Artículo 3. En ejercicio de la autonomía administrativa, de conformidad con lo consagrado en la Constitución, la Ley y las Ordenanzas respectivas, las funciones generales y específicas correspondientes a cada cargo, serán determinadas por el Contralor Departamental, mediante Resolución, en la que se adopte el Manual de Funciones y requisitos mínimos, previo visto bueno de una Comisión de seis (6) Diputados nombrados por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental”.

### 2. Razones del fallo

En general, el *aquo* hizo la anterior declaración por estimar, en coincidencia con el actor y apoyo en la sentencia de la Corte Constitucional C-527 de 1995, que mediante dichas normas “se autoriza al señor Contralor Departamental para ejercer funciones de la Asamblea Departamental...” (folio 185), sin que le fuere dable por la Constitución hacer tal “delegación”, la que sólo está prevista en favor del Presidente cuando se trate del Congreso, y del Gobernador por parte de la Asamblea Departamental, pero en asuntos distintos a los aquí examinados.

Ya en detalle, hace suyos apartes de la providencia que con ponencia del doctor Libardo Rodríguez Rodríguez y a propósito de la delegación de funciones de la Asamblea al Contralor Departamental, profirió esta Superioridad en el expediente número 1706 el 28 de abril de 1991, según los cuales las funciones de que tratan las normas anuladas son propias de la Asamblea Departamental, en interpretación de lo que disponía el numeral 8 del artículo 187 de la anterior Constitución, hoy 7° del artículo 300, en el sentido de que correspondía a las Asambleas organizar la Contraloría Departamental, **“función esta que conlleva necesariamente la de establecer la planta de personal, establecer el manual de funciones y determinar la escala de remuneración salarial de las diversas de categorías de empleos”**.

**“...correspondiendo la función de organizar las Contralorías Departamentales a las Asambleas y sólo existiendo la excepción del ordinal 10 de la**

citada norma constitucional, según la cual tales entes administrativos pueden delegar pro-tempore, no esta función sino las demás que les están asignadas, exclusivamente en el Gobernador, no cabe argumentar que tal delegación puede realizarse, también, en el contralor". (folio 181).

La providencia se detiene en el análisis técnico jurídico de la **delegación** y de la **autonomía administrativa** que se predica de las Contralorías.

Las normas consideradas violadas son los artículos 300-7 y 272 de la Constitución, señaladas como tales por el actor, quien también indicó los artículos 60 numeral 5, 231 y 247 del Decreto 1222 de 1986, sobre los cuales nada dijo la providencia.

### 3. El recurso

Estando en tiempo, la representante judicial de la parte demandada, que lo fue el Departamento del Cauca, apeló de la sentencia, recurso que sustentó oportunamente ante el *aquo*, haciendo una detenida defensa de la constitucionalidad de las normas ordenanzales atacadas, para concluir diciendo que **"la Asamblea Departamental del Cauca, al aprobar las ordenanzas 001, 002 y 003 del 19 de enero de 1994, se ocupó de todo aquello que era de su competencia, pues bien es sabido que las funciones generales es competencia de la Asamblea establecerlas como en efecto se realizó a través de la ordenanza número 001 y el Contralor Departamental sólo se ocupó de las funciones específicas y requisitos del Ente Fiscalizador de acuerdo con los empleos existentes en la planta de personal, Ordenanza número 003 del 19 de enero de 1994, como es obvio dichas funciones corresponden y se adecuan al manual general."** (folio 199)

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El colaborar fiscal ante esta instancia aboga por la confirmación de lo resuelto por el *aquo*, al estimar que **"Si el constituyente previo expresamente que corresponde a las Asambleas mediante Ordenanza determinar la estructura, funciones de las dependencias, escalas de remuneración de la estructura de la administración departamental, es a todas luces improcedente que la misma asamblea autorice al contralor del departamento a regular tales materias que exceden su propio ámbito de competencia, contrariando con ello disposiciones de raigambre constitucional"** (transcripción Textual), de lo cual concluyó que los actos impugnados asignan funciones que la Carta atribuye a órgano diferente, sin mediar delegación legítima por parte de la Asamblea Departamental, lo que como infracción a las reglas generales de competencia constituyen ilegalidad de orden público.

Rituado como se encuentra el recurso en debida forma, se procede a decidirlo, previas las siguientes,

## III. CONSIDERACIONES

Como se dijo, las normas atacadas y como necesario punto de referencia son las siguientes:

## SECCION PRIMERA

“Artículo 18. (**Ordenanza 001 de 1994**). En desarrollo del principio constitucional sobre la autonomía administrativa, el Contralor Departamental adecuará la planta de personal a la estructura orgánica establecida en la presente ordenanza, para el correcto cumplimiento de las nuevas tareas asignadas por la Constitución y la ley, y señalará sus funciones específicas acordes con las adecuaciones que se expidan”.

“Parágrafo. Una vez expedido el Manual de Funciones y requisitos mínimos por parte del señor Contralor Departamental, conforme a la nueva estructura orgánica de la Contraloría, los servidores públicos que actualmente se encuentren vinculados a ella, e inscritos en cargo de carrera deben ser incorporados a la nueva planta, en cargos de carreras equivalentes, siempre y cuando reúnan los requisitos exigidos para el desempeño del respectivo empleo, sin que en ningún caso, pueda desmejorarse su situación laboral.”

“Artículo 21. (**Ordenanza número 002 de 1994**). *De la asignación mensual*

“Las asignaciones mensuales correspondientes a la nomenclatura y grados definidos en la presente Ordenanza serán fijados por el Contralor General del Departamento mediante resolución conforme a los parámetros que dicte la Asamblea Departamental y en ningún caso serán inferiores ni superiores a las que corresponden para cargos con funciones y responsabilidades similares a las de la Administración Central del Departamento.

“La Asamblea Departamental autorizará al contralor para incrementar salarios anuales conforme a los parámetros de ley, con un visto bueno de una Comisión de seis (6) Diputados designados por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental para tal fin.

“Parágrafo 1. El Contralor Departamental devengará una asignación mensual igual a la que devengue el Gobernador del Departamento, entendiendo, para los efectos de la presente Ordenanza por asignación mensual el valor equivalente a sueldo más gastos de representación.

“Parágrafo 2. Autorízase al señor Gobernador del Departamento del Cauca para efectuar los créditos y contracréditos al Presupuesto Departamental de 1994 y a su vez ser transferidos a la Contraloría Departamental para dar cumplimiento a la presente Ordenanza.

“Artículo 22. (**De la Ordenanza 002 de 1994**). *De los gastos de representación.*

“Devengarán Gastos de Representación los cargos que se encuentran ubicados en los niveles: Ejecutivo, Asesor y Directivo y en los Grados II, III y IV del nivel profesional. Los Investigadores Fiscales del Nivel Técnico Grado II devengarán Gastos de Representación a partir de la vigencia de 1995.

“Devengarán gastos de representación el cargo de Secretarías Ejecutivas Grado 4 del Nivel Técnico para la vigencia de 1995.

“Parágrafo. Los cargos desempeñados por empleados sin título profesional y que en la anterior planta de personal devengaban Gastos de Representación, al ser incorporados a la nueva planta con la anterior denominación, similar u homologados continuarán devengándolos”.

“Artículo 3. (De la Ordenanza 003 de 1994). En ejercicio de la autonomía administrativa, de conformidad con lo consagrado en la Constitución, la Ley y las Ordenanzas respectivas, las funciones generales y específicas correspondientes a cada cargo, serán determinados por el Contralor Departamental, mediante Resolución, en la que se adopte el Manual de Funciones y requisitos mínimos, previo visto bueno de una Comisión de seis (6) Diputados nombrados por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental”.

De ellos se concluye en la sentencia *sub-lite* que contravienen los artículos 300-7 y 272, inciso 6º, de la Constitución, en concordancia con el 268-10 *ibidem*, que a la letra dicen:

“Artículo 300. Corresponde a las Asambleas Departamentales por medio de ordenanzas:

“ ...

“7. Determinar la estructura de la administración departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo; crear los establecimientos públicos y las empresas industriales o comerciales del departamento y autorizar la formación de sociedades de economía mixta.

“Artículo 272. ...

“Los contralores departamentales, distritales y municipales ejercerán, en el ámbito de su jurisdicción, las funciones atribuidas al Contralor General de la República en el artículo 268 y podrán, según lo autorice la ley, contratar con empresas privadas colombianas el ejercicio de la vigilancia fiscal.

“Artículo 268. El Contralor General de la República tendrá las siguientes atribuciones:

“ ...

“10. Proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley. Esta determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría. Se prohíbe a quienes formen parte de las corporaciones que intervienen en la postulación y elección del Contralor, dar recomendaciones personales y políticas para empleos en su despacho”.

## SECCION PRIMERA

Según se expresó, la razón en que el Tribunal de Instancia fundamenta su pronunciamiento es la de que las disposiciones departamentales demandadas contienen una autorización al Contralor respectivo por parte de la Asamblea, para ejercer funciones que le son propias por disposición del artículo 300-7 de la Carta, sin estarle permitido hacerla, de modo que la cuestión central es la de establecer quién es el titular de las atribuciones de que en ellas se habla, y como derivada o accesoria, la de si, sobre funciones que le pertenecen, la Asamblea Departamental puede conferir autorizaciones al Contralor.

Antes de entrar a dilucidar los tópicos planteados, conviene advertir que de los artículos demandados, hay uno que no contiene autorización ni referencia alguna al Contralor Departamental, como es el 22 y su párrafo de la Ordenanza 002 de 1994, el cual simplemente se limita a señalar los cargos de la Contraloría que devengarán gastos de representación, de modo que en principio no estaría afectado por el vicio que en general se le endilga a todos ellos. Igual sucede con los párrafos 1 y 2 del artículo 21 de dicha Ordenanza, los que en su orden señalan la remuneración mensual del Contralor Departamental y confieren una autorización al Gobernador para efectos presupuestales con el fin de darle cumplimiento a la misma.

Al respecto, vale aclarar que a pesar de que los cargos no están sustentados de manera discriminada, se infiere fácilmente que el actor demanda dicho artículo 22 por estimarlo contrario al inciso final del artículo 300 de la Carta y a los artículos 60, 231 y 247 del Decreto 1222 de 1986, en cuanto dan al Gobernador la iniciativa exclusiva en relación con las ordenanzas que tratan de la materia en estudio, sobre los cuales, según se anotó atrás, el *aquo* no hizo ninguna consideración. En este caso, el vicio radicaría en el hecho de haber sido el Contralor quien presentó ante la Duma departamental los proyectos de las susodichas ordenanzas, como en efecto lo hizo según consta en los antecedentes que obran en el proceso.

Lo comentado se deduce del siguiente aparte del extenso concepto de la violación consignado en la demanda:

“Como es que a iniciativa del Contralor del Departamento se le imponen obligaciones económicas futuras al Departamento del Cauca sin ninguna base presupuestal, pretendiéndose gravar un presupuesto inexistente como lo hacen en el artículo 22 de la Ordenanza número 002 de enero 19 de 1994.”

Significa lo anterior que ello contiene un aspecto que no se analizó en la sentencia impugnada, pero que ha de hacerse en la que aquí se profiere.

En este orden de ideas se tiene entonces que las facultades cuestionadas, en relación con la Contraloría Departamental y al tenor de los artículos enjuiciados, son:

- **Adecuar la planta de personal a su estructura orgánica,**
- **Señalar las funciones generales y específicas de dicha planta, de acuerdo con la adecuación que de ella se haga,**

- Establecer el Manual de Funciones y Requisitos mínimos de sus empleos,

- Fijar las asignaciones mensuales correspondientes a la nomenclatura y grados de los cargos respectivos,

- Incrementar los salarios anuales de tales cargos conforme a los parámetros de ley.

No cabe duda que las anteriores funciones corresponden a las Asambleas Departamentales, no sólo porque a ellas compete, de manera general, **determinar la estructura de la Administración Departamental, las funciones de sus dependencias, las escalas de remuneración correspondientes a sus distintas categorías de empleo**, sino porque se trata de funciones privativas, conferidas de manera específica por la Constitución. Es así como el artículo 272 inciso tercero, en concordancia con el artículo 268 numeral 9, confiere la atribución de organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal y todo lo relativo a su funcionamiento.

Además, tratándose de señalar las funciones de los cargos públicos, es forzoso atender lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución, en el sentido de que el **detalle de las funciones** de todo empleo público está deferido a la ley o al reglamento, y bien es sabido que en el orden Departamental, sólo las Asambleas tienen de manera general la potestad reglamentaria sobre todo aquello que es de la órbita o competencia de los Departamentos.

Si alguna facultad reglamentaria cabría reconocerle a las Contralorías de cualquier orden, sería en relación con **“los métodos y la forma de rendir las cuentas”** por parte de los responsables del manejo de fondos o bienes públicos, y con **“indicar los criterios de evaluación financiera, operativa y de resultados que deberán seguirse”**, al tenor del numeral 1º del artículo 268, en concordancia con el inciso 5 del 272 de la Constitución, tópicos que nada tienen que ver con los contemplados en las normas atacadas.

En lo que se refiere a requisitos de los distintos cargos, es claro que le corresponde establecerlos al legislador en el orden nacional por vía del desarrollo de la carrera administrativa, y en el orden departamental a las Asambleas.

En materia de creación, fusión, supresión de cargos, como parte de la organización departamental, es preciso atender a la regla general contenida en el numeral 7 del artículo 300 de la Constitución, en concordancia con el 8 del artículo 60 del Decreto 1222 de 1986, con relación a la cual hay una sola excepción que es la contenida en el numeral 7 del 305 de la Carta, que como excepción confirma la regla.

La precitada norma suprema faculta al Gobernador para **“Crear, suprimir y fusionar los empleos de sus dependencias, señalar sus funciones especiales y fijar sus emolumentos con sujeción a la ley y a las ordenanzas respectivas.”**

## SECCION PRIMERA

El hecho de que el Constituyente hubiera de manera tan puntual y taxativa, así como condicionada, asignado esta facultad a una autoridad distinta de la Asamblea Departamental, es significativo del carácter excepcional de la misma y de la prevalencia de esta Corporación en su ejercicio, en tanto queda sujeta a lo que ella reglamente en consonancia con la ley.

Se ha querido sustentar la constitucionalidad y legalidad de las atribuciones bajo examen, en la **autonomía administrativa** que la Constitución le reconoce a todas las Contralorías en los distintos órdenes territoriales, al definir las **“como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal”** (inciso 3 art. 272 C. N.)

Sobre el particular huelga decir que en el contexto de todos Estados Unitario, como el Colombiano, la autonomía administrativa que se le reconozca a cualquiera de sus entidades u organismos, es necesariamente limitada, en mayor o menor grado, pero siempre limitada; es pues una autonomía relativa, cuyo alcance está dado en primer lugar por la Constitución y luego por la ley, en términos de funciones o competencias. No por otra razón el artículo 121 de la Carta prescribe que **“Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”**. –No hay pues un grado único ni un concepto absoluto de autonomía administrativa en el ordenamiento jurídico del país–.

De modo que la susodicha autonomía de las Contralorías, sea cual fuere su rango territorial, hay que entenderla en el marco de sus atribuciones, señaladas en el artículo 268 de la Constitución, en armonía con las conferidas a los demás órganos de la Administración en particular y del Estado en general, con respecto a lo que a ella atañe.

Así las cosas, lo primero a resaltar es que dentro de las referidas atribuciones no existe ninguna que le permita a los Contralores ejercer cualquiera de las funciones en comento –como sí se encuentran varias de ellas otorgadas al Gobernador según se anotó atrás–, sin que sea la autonomía administrativa suficiente razón para estimar que sí las tiene, ya que si así fuera, también habría que reconocerle la facultad de darse su propio presupuesto en virtud de la autonomía presupuestal.

La verdad es que tanto una como otra aluden es a la independencia que el Constituyente ha querido darles a los mencionados órganos para gestionar su funcionamiento, la preparación del proyecto de su presupuesto y la ejecución del mismo, previa su aprobación por la Asamblea Departamental. Entendidas en sentido negativo, significan que ellos no están supeditados a ninguna otra entidad en los referidos aspectos. De allí que inclusive el artículo 2º de la Ley 80 de 1983 les conceda capacidad para contratar.

En este sentido se considera bien traída por el *a quo* el concepto de esta Corporación, dado con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, en el expediente número 485, con fecha diciembre 11 de 1992, según el cual, la autonomía administrativa y presupuestal en cuestión significa **“que los recursos necesarios para**

**su funcionamiento deben ser manejados directa o exclusivamente por una de sus entidades (las contralorías de distinto orden) y que ellas deben ejercer sus funciones sin ninguna injerencia extraña de entidad, órgano o funcionario”.**

Se concluye, entonces, que las funciones enlistadas son propias de las Asambleas departamentales, tal como ya lo había advertido la Sección en la providencia que atrás se transcribió en la parte pertinente, igualmente recogida por el Tribunal de primera instancia como fundamento jurisprudencial de su decisión, y cuya ponencia tuvo a cargo del Consejero doctor Libardo Rodríguez Rodríguez.

Habiendo quedado esclarecido este tópico, corresponde hacer lo propio con el de **la delegación** de las mismas en favor del Contralor Departamental, lo cual no ofrece mayor dificultad por cuanto las razones que ha expuesto el *aquo* en contra de que ello sea posible son suficientemente claras y acordes con el ordenamiento jurídico.

En efecto, las Asambleas departamentales no pueden hacer ninguna delegación en cabeza del Contralor, por no estar autorizadas para ello, como sí lo están con respecto al Gobernador (artículo 300 num. 9, C.P.) y en favor de los Concejos Municipales, por cierto en los casos que señale la ley (artículo 301 *ibidem*). El carácter taxativo de estos eventos excluye a cualquiera otra autoridad administrativa como posible delegataria de las Asambleas).

En este sentido también se ha pronunciado la Sección cuando en la sentencia últimamente citada dijo que:

**“La delegación de funciones administrativa no está consagrada en nuestra legislación como regla general sino, por el contrario, sólo se predica de manera exceptiva en los casos expresamente señalados.**

**“Corolario de lo anterior es que correspondiendo la función de organizar las Contralorías Departamentales a las Asambleas y solo existiendo la excepción del ordinal de la citada norma constitucional (hoy 9 de art. 300), según la cual tales entes administrativos pueden delegar *pro tempore*, no esta función sino las demás que les están asignadas, exclusivamente en el Gobernador, no cabe argumentar que tal delegación puede realizarse, también, en el Contralor.”** (Exp. 1706, abril 28 de 1991, Consejero Ponente, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez).

Síguese de todo lo expuesto que los artículos atacados por este motivo están viciados de nulidad por ser contrarios a la Constitución, de donde se confirmará la decisión apelada, algunos en su totalidad y otros sólo en los apartes contentivos de la irregular autorización o asignación de facultades al Contralor Departamental del Cauca, los cuales se precisarán en la parte resolutive.

Por último, resta examinar lo concerniente a la iniciativa ordenanzal sobre las materias de que se habla. Al punto se tiene el numeral 9 del artículo 268, aplicable a los Contralores territoriales por remisión del 272, ambos de la Constitución, el cual

## SECCION PRIMERA

faculta a estos para **“presentar proyectos de ley (léase ordenanzas, para el caso) relativos al régimen del control fiscal y a la organización y funcionamiento de la Contraloría...”**

El artículo que fue impugnado por este concepto es el 22 de la ordenanza 002 de 1994, de suerte que la validez depende de que lo dispuesto en él esté comprendido en las materias relacionadas en la norma atrás reseñada. Como se dijo, mediante dicho artículo se señalan los cargos de la Contraloría departamental en los que se devengarán gastos de representación, sin ninguna otra disposición.

Como quiera que se ha dado por sentado que la facultad de organizar comprende la de **“determinar la escala de remuneración salarial”**, entre otras, y que los gastos de representación tienen carácter remunerativo en relación con los servidores públicos, la consecuente y lógica interpretación del mandato constitucional precitado, es la de reconocer entonces que la iniciativa que se le confiere al Contralor Departamental para presentar proyectos de ordenanza en materia de organización y funcionamiento del organismo a su cargo, comprende la de incluir en ellos propuestas sobre la remuneración de los empleados y funcionarios de la misma.

Síguese de esta interpretación que el artículo 22 de la susodicha Ordenanza no contraría el inciso final del artículo 300 de la Constitución, ni los artículos 60, 231 y 247 del Decreto 1222 de 1986, consagratorios de la exclusividad de la iniciativa del Gobernador en las materias bajo estudio en relación con la Administración Departamental, por tanto el cargo contra el comentado artículo 22 y su parágrafo no ha de prosperar, de donde se revocará la sentencia en este punto.

En mérito de lo dicho, 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:

MODIFICAR la sentencia apelada, en el siguiente sentido:

Primero: Del artículo 18 de la Ordenanza número 001 de 19 de enero de 1994, atrás examinada, en lugar de la parte que declaró nula el Tribunal, DECLARASE NULO:

– Todo el primer inciso, que dice,

**“Artículo 18. (Ordenanza 001 de 1994). En desarrollo del principio constitucional sobre la autonomía administrativa, el Contralor Departamental adecuará la planta de personal a la estructura orgánica establecida en la presente ordenanza, para el correcto cumplimiento de las nuevas tareas asignadas por la Constitución y la ley, y señalará sus funciones específicas acordes con las adecuaciones que se expidan”.**

– De su párrafo único, sólo la expresión **“por parte del señor Contralor Departamental”**, en lugar de la nulidad total que declaró el *a quo*.

Segundo: Del artículo 21 de la Ordenanza número 002 de 1994 *sub-lite*, en lugar de la nulidad total que se decretó en la sentencia apelada Declárense nulos sólo:

– La expresión **“serán fijados por el Contralor General del Departamento mediante resolución conforme a los parámetros que dicte la Asamblea Departamental y”**, contenida en su inciso primero, y

– Todo el inciso segundo

Tercero: *Revócase* la sentencia recurrida en cuanto declara la nulidad de los párrafos 1 y 2 del precitado artículo 21 y del artículo 22 y su párrafo de la misma Ordenanza, para en su lugar **NO ACCEDER** a las pretensiones del actor con respecto a los mismos.

Cuarto *Confirmarla* en cuanto declara la nulidad del artículo 3° de la Ordenanza número 003 de 1994, emanada de la Asamblea Departamental del Cauca.

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 15 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz*, Presidente; *Juan Alberto Polo Figueroa*, *Libardo Rodríguez Rodríguez*, *Manuel S. Urueta Ayola*.

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera lo dicho en la providencia de diciembre 11 de 1992, Expediente; 485, Consejero ponente Doctor: Humberto Mora Osejo en cuanto a la Autonomía Administrativa.

**CONCEJOS MUNICIPALES - Funciones / USO DEL SUELO / URBANISMO / PROPIEDAD PRIVADA - Función Social / PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PUBLICAS - Inexistencia de la violación / INDEMNIZACION - Improcedencia**

Conforme a los artículos 313 numerales 7° y 9° de la Constitución Política, corresponde a los Concejos Municipales “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”, y “dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio. Actualmente, la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios” señaló en su artículo 32 numeral 8° como atribución de los Concejos Municipales la de “velar por la preservación y defensa del patrimonio cultural”. Los Concejos Municipales están facultados constitucional y legalmente para declarar patrimonio urbano-arquitectónico, histórico, documental, ambiental y/o afectivo. Las limitaciones al derecho de propiedad, y en particular de la facultad de uso, que emanan de las regulaciones de los Concejos Municipales, están consagradas en el artículo 313 numerales 7° y 9°, a los cuales se hizo alusión anteriormente, propenden por hacer efectiva la función social y ecológica que debe cumplir dicho derecho, al tenor de lo prescrito en el artículo 58 de la Carta Política que lo salvaguarda. El establecimiento de limitaciones al uso de un inmueble de propiedad privada por parte de los Concejos Municipales no lo supeditó la Carta Política al pago de indemnizaciones, pues ellas no constituyen un despojo, como ocurre en la expropiación, que sí está sujeta en determinados casos a dicho resarcimiento, por lo cual no cabe predicar la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

**ACUERDO MUNICIPAL / ACTO DE CARACTER GENERAL CON EFECTOS PARTICULARES / NOTIFICACION / PUBLICACION**

Conforme al artículo 116 del C. de R. M., es presupuesto *sine qua non* para que un acuerdo produzca efectos jurídicos que sea publicado. Inde-

pendientemente de que el Acuerdo número 30 de 21 de diciembre de 1993, como acto administrativo de carácter general que es, pueda tener efectos particulares, como en este caso, el medio adecuado para darlo a conocer en su publicación.

**ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL / DAÑO / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia / ACCION DE REPARACION DIRECTA / DAÑO ESPECIAL**

**El presunto daño que se pueda causar por un acto administrativo legal no puede reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como la incoada en el presente caso, dado que el restablecimiento del derecho en esta tiene, por el contrario, fundamento exclusivo en la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. Tal pretensión solamente podría deducirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiuno (21) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3575.

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 6 de septiembre de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

Actora: Sociedad Las Mercedes Ltda. Sucesores y Cía. S. en C. S.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la apoderada del municipio de Santiago de Cali contra la sentencia de 6 de septiembre de 1995, proferida por la Sección Segunda del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que accedió a las pretensiones de la demanda.

## I. ANTECEDENTES

I.1. La sociedad Las Mercedes Ltda. Sucesores y Cía. S. en C. S., a través de apoderada, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A., tendiente a obtener que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1ª Son parcialmente nulos los artículos 140 y 167 del Acuerdo número 30 de 21 de diciembre de 1993 "por el cual se expide el Estatuto de Usos del Suelo y Normas

## SECCION PRIMERA

Urbanísticas para el municipio de Santiago de Cali”, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali.

2ª Como consecuencia de la declaración anterior y a título de restablecimiento del derecho se declare que el inmueble denominado “Teatro Colón”, destinado originalmente al uso institucional, ubicado en la calle 11 número 9-34 de la ciudad de Santiago de Cali, carece de las modalidades, condiciones y limitaciones impuestas por los artículos antes citados y, por ende, no está sujeto a restricción alguna como inmueble patrimonio urbano –arquitectónico– “de interés patrimonial, conservación 1”.

Con carácter subsidiario, formuló las siguientes pretensiones:

Primera. En caso de que se denieguen las peticiones anteriores, se declare que es parcialmente nulo el citado artículo 140 en cuanto a la clasificación y protección de ser el “Teatro Colón” un inmueble de interés patrimonial destinado originalmente al uso institucional, cultural, recreativo, en razón de no reunir las condiciones requeridas por el inciso 1º del mismo artículo para ser así clasificado y protegido.

Segunda. En caso de que no se acoja la petición anterior se ordene la reparación del daño ocasionado a la demandante consistente en la pérdida de valor del referido inmueble, en razón de las limitaciones impuestas por los artículos acusados.

I.2. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1º. La inclusión del inmueble de la demandante como patrimonio urbano-arquitectónico por el artículo 140 contraría el inciso 1º del mismo artículo, ya que la edificación no reúne los requisitos en él señalados.

2º. Al no dar cumplimiento el Concejo Municipal de Santiago de Cali a los artículos 44, 45 y 47 del C. C. A., ya que no intentó notificar personalmente a la demandante ni a sus representantes estatutarios, ni lo hizo supletoriamente por edicto, a pesar de que la declaratoria de conservación del bien afecta gravemente el ejercicio de su derecho de propiedad, por las limitaciones que conlleva, se violó el artículo 29 de la Constitución Política.

3º. Se violaron el derecho de propiedad y el principio de igualdad ante las cargas públicas, por lo siguiente:

De acuerdo con la doctrina que acoge la Corte Suprema de Justicia y la Corte Constitucional, las limitaciones a la propiedad, por la función social que debe cumplir, no pueden ser expresión arbitraria de las autoridades administrativas, sino una decisión del Congreso de la República, o sea, que en relación con la propiedad opera el centralismo político cuya razón estriba en la igualdad de los ciudadanos frente a las cargas públicas.

En relación con la conservación del patrimonio nacional y el urbanismo existen dos leyes vigentes: la Ley 163 de 1959 y la Ley 9ª de 1989.

Conforme a la primera ley citada y en relación con las casas ubicadas en la ciudad de Cali, para que se consideren sectores antiguos deben tener el carácter de históricas y deben estar incluidas en el perímetro de la población en los siglos XVI a XVIII.

La ley otorga competencia para proponer la calificación y declaración de otros sectores de ciudades como monumentos nacionales al Concejo de Monumentos Nacionales y al Ministerio de Educación, respectivamente.

La ley no autoriza a los Concejos Municipales para asumir estas competencias, ni mucho menos para determinar la imposibilidad de demoler algunas residencias de propiedad privada, por considerarlas de interés urbanístico.

La Ley 9ª de 1989 no regula lo relacionado con los inmuebles de interés arquitectónico o cultural de las ciudades ni faculta a los Concejos Municipales para hacer este tipo de calificación y declaratoria.

El artículo 5º *ibidem* por su generalidad y la forma como se encuentra concebido sólo se refiere al contenido de un plan pero no constituye autorización para limitar la propiedad privada sobre un inmueble.

El único mecanismo previsto por esta ley para la preservación del patrimonio cultural, incluidos el histórico y el arquitectónico, en manos de particulares, es la expropiación. Pero la ley no prevé la posibilidad de que los Concejos Municipales declaren residencias privadas de interés arquitectónico de la ciudad, para efectos de restringir la posibilidad de disponer de ellas.

La Ley 2ª de 1991 modificó parcialmente la Ley 9ª de 1989, pero no añadió norma alguna sobre esta materia.

En virtud del principio de igualdad ante las cargas públicas si la ley limita el derecho de propiedad de un ciudadano debe indemnizarlo. O sea, ni aún el mismo legislador podría decretar por motivos de utilidad pública la limitación de la propiedad de un ciudadano sin compensarle pecuniariamente la desvalorización sufrida por la propiedad.

4º. Al actuar el Concejo Municipal de Cali sin que exista un marco legislativo que lo faculte para ello, violó el Código de Régimen Municipal en sus artículos 92, 95 y 99 numeral 4º y los artículos 113, 287, 311 y 313 de la Carta Política.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* razonó, principalmente, de la siguiente manera (fls. 329 a 344 del cuaderno principal):

1º. Si se tiene en cuenta tanto la definición de patrimonio urbano-arquitectónico que da el artículo 140 del Acuerdo número 30 de 1993, como la clasificación que en cuanto a inmuebles y elementos aislados de interés patrimonial hace el numeral 2º

## SECCION PRIMERA

*ibidem*, se ve como el inmueble a que se refiere la demanda, por sus características, ubicación y demás circunstancias no se ajusta al contenido ni a los señalamientos que para ser incluidos como tales consagra el citado artículo 140 inciso 1°.

Lo anterior se establece con las pruebas que obran en el expediente. En efecto, en la inspección judicial practicada en asocio de peritos, se pudo constatar que en el inmueble no se observan placas o señales que indiquen que en el sitio donde está ubicado tuvo lugar algún hecho histórico; que su fachada exterior es de construcción moderna y que en su alrededor se encuentran ubicados varios almacenes, pues el edificio está en una zona eminentemente comercial. Sobre el teatro existen tres pisos destinados a habitaciones para huéspedes y una torre que hace parte del edificio ha sido destinada para un taller de pintura.

Desde la terraza del Hotel Aristi se pudo observar que al costado oriental sobresale una torre donde funciona el Palacio de Justicia y al costado sur dos torres de la Iglesia Santa Rosa. El teatro se encuentra en regular estado de conservación y en una zona comercial eminentemente popular.

2°. Por su parte, los peritos dictaminaron, entre otros puntos, los siguientes:

Los edificios del Hotel Columbus y Teatro Colón fueron inaugurados el 28 de junio de 1943.

El Teatro Colón es del tipo de espacios construidos para albergar la función de sala de cine. Está incrustado o forma parte del Edificio Columbus, que sí presenta características especiales como la de inscribirse dentro de la arquitectura moderna de comienzos del presente siglo y con el manejo superficial o superpuesto (fachadas) de elementos decorativos (estilo art nouveau) formales de tendencia expresionista.

Si bien es cierto que en el experticio se dice que el inmueble tiene un valor histórico, arquitectónico-urbano, dado su carácter de hito urbano, y que puede representar algún aprecio porque se constituye como marco de referencia para una generación de caleños dentro de la evocación en el desarrollo histórico de acontecimientos sociales de la ciudad, también lo es que, como el mismo dictamen lo aclara, es el Edificio Columbus el que representa una corriente arquitectónica, un interés especial en virtud de su origen y tradición, y no el Teatro Colón, objeto de la demanda.

Así lo corroboran igualmente la serie de fotografías allegadas tanto con el escrito de la demanda como con el dictamen pericial.

En estas circunstancias, y al quedar establecido que el Teatro Colón no encaja dentro de las características contempladas en el artículo 140 del Acuerdo número 30 de 1993, para ser considerado patrimonio urbano-arquitectónico de la ciudad, la demanda por esta razón debe prosperar.

### III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada del municipio de Santiago de Cali señaló como motivos de inconformidad con el fallo apelado, en síntesis, los siguientes (fls. 346 a 354 *ibidem*):

1°. El inmueble motivo del proceso donde funciona y siempre ha funcionado el Teatro Colón, sí reúne las condiciones para ser considerado patrimonio urbano-arquitectónico de la ciudad de Santiago de Cali.

El hecho de que en el inmueble no se encuentran ninguna placa o señal que indique que en este sitio tuvo lugar algún hecho histórico no lo descalifica para ser tenido en cuenta como inmueble de valor urbano-arquitectónico, en los términos del artículo 140 inciso 1° del Acuerdo número 30 de 1993.

2°. El Tribunal sólo aprecia una mínima parte del dictamen, que no representa la esencia del mismo, dejando de lado aspectos de muchísima trascendencia que permiten determinar la procedencia y la legalidad de la aplicación del artículo 140 del citado acuerdo, cuando clasificó como patrimonio urbano-arquitectónico al Teatro Colón.

#### **IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

El Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante el Consejo de Estado en su vista de fondo se muestra partidario de que se revoque la sentencia apelada y, en su lugar, se denieguen las súplicas de la demanda porque considera que del contenido de los artículos 313 numerales 7° y 9° de la Constitución Política, 32 numeral 8° de la Ley 136 de 1994 y 2° numeral 5° de la Ley 9ª de 1989, se deduce que los Concejos Municipales tienen competencia para expedir la normatividad sobre usos del suelo y en ejercicio de dicha competencia el Concejo Municipal de Santiago de Cali definió qué construcciones reúnen los requisitos para ser declaradas como patrimonio urbano-arquitectónico, característica esta de la cual goza el inmueble de la demandante, conforme al dictamen pericial practicado durante la primera instancia.

#### **V. CONSIDERACIONES DE LA SALA:**

El artículo 140 del Acuerdo número 30 de 21 de diciembre de 1993, expedido por el Concejo Municipal de Santiago de Cali, con base en el cual el inmueble de la actora fue declarado patrimonio urbano-arquitectónico destinado al uso institucional, cultural y recreativo, es del siguiente tenor:

“Patrimonio urbano-arquitectónico es el conjunto de inmuebles y/o espacios públicos que representan para la comunidad un valor urbanístico, arquitectónico, documental, ambiental, histórico y/o afectivo y que forman parte por tanto de la memoria urbana colectiva. Para efectos de su clasificación y protección se determina de la siguiente manera:

1. Areas de interés patrimonial correspondiente al Centro Histórico y que se subdivide en:

...

2. Inmuebles y elementos aislados de interés patrimonial y que se enumeran de acuerdo con la siguiente clasificación:

## SECCION PRIMERA

a) Inmuebles aislados de interés patrimonial;

...

b) Inmuebles destinados originalmente al uso institucional, cultural, recreativo y otros:

Teatro Colón Calle 11 número 9-34..." (fls. 75 vuelto y 76 del cuaderno principal).

Cabe advertir que la definición dada en el inciso 1° del artículo transcrito contiene una manifestación de voluntad de carácter general, en tanto que el numeral 2° literal b) del mismo precepto, que involucra al inmueble objeto de la demanda, constituye un acto administrativo de carácter particular, en cuanto es aplicación de dicha definición. Sólo así es como la Sala entiende que este último pueda contrariar aquél, en la medida que no se ajuste a tal definición.

El punto central de la controversia gira en torno de la interpretación que el *a quo* le dio el dictamen pericial rendido el 21 de febrero de 1995, obrante a folios 69 a 88 del Cuaderno número 3, y que sirvió de fundamento para la declaratoria de nulidad impugnada.

En dicho dictamen los peritos pusieron de manifiesto, entre otros aspectos, los siguientes:

"...La edificación o 'los edificios apareados\* del Hotel Columbus y Teatro Colón', fueron inaugurados el día 28 de junio de 1943..."

"...\*Aparear: Igualar o ajustar una cosa con otra. Unir, juntar una cosa con otra..."

"Cabe aquí una explicación con respecto a la manera como se encuentra definido el inmueble según las escrituras y que coinciden con la forma como se encuentra construido el edificio o 'los edificios apareados del Hotel Columbus y Teatro Colón', ocupando un mismo lote y compartiendo una estructura..." (fl. 72 *ibidem*).

"El Edificio 'Columbus' como la edificación de mayor volumen en el inmueble definido en escrituras como 'Los edificios apareados del Hotel 'Columbus' y 'Teatro Colón'... sí posee elementos arquitectónicos en fachada tanto frontal como lateral que representan no un estilo... sino una corriente arquitectónica definida como la expresión ecléctica de varios estilos arquitectónicos..." (fl. 73 *ibidem*).

"...El Teatro Colón... está incrustado o forma parte del Edificio Columbus y es el que sí presenta características especiales que además de inscribirlo dentro de la arquitectura moderna de comienzos del presente siglo..." (fl. 75 *ibidem*).

“...La edificación Teatro Colón como edificación apareada y que hace parte integral del inmueble que especifican las escrituras objeto de inspección... que define como ‘Los edificios apareados del Hotel Columbus y Teatro Colón’ si se considera documental refiriéndonos solamente a lo que tiene que ver con el Edificio ‘Columbus’ (y no con el Teatro...) porque da a conocer una etapa histórica del desarrollo de la arquitectura moderna en la ciudad y perpetúa una corriente ecléctica...” (fl. 77 *ibidem*).

“El inmueble en referencia tiene un valor histórico, arquitectónico-urbano, dado su carácter de hito urbano (1)...”.

“...(1) Hito: Mojón o poste de piedra que sirve para conocer la dirección de los caminos y para señalar los límites de un territorio...” (fl. 78 *ibidem*).

“...El Edificio Columbus tiene entonces un interés especial en virtud de su origen y tradición... como cierto carácter de estilo y expresión arquitectural; interés especial en el sentido de servir para el estudio de la historia arquitectónico-urbana de la ciudad y por ende de la cultura” (fl. 79 *ibidem*).

“...La edificación edificios apareados del Hotel Columbus y Teatro Colón por su antigüedad y por el hecho de albergar uno de los teatros más antiguos aún en funcionamiento en la ciudad, puede representar algún aprecio porque se constituye como marco de referencia, para una generación de caleños dentro de la evocación en el desarrollo histórico de acontecimientos sociales de la ciudad... además, la edificación posee un valor ambiental urbanístico pues hace parte del marco de conformación del Parque Santa Rosa que junto con la iglesia del mismo nombre se erigen como hitos urbanos que identifican este sector de la ciudad...” (fl. 80 *ibidem*).

“...El Edificio Columbus y el Teatro Colón ocupan un lugar privilegiado en medio del deterioro ambiental del centro de Cali y la descomposición de la manzana transforma un espacio urbano que podemos determinar que se encuentra dentro de la memoria urbana, en el afecto de las mismas generaciones que han visto la conservación de sus emblemas urbanos como el Teatro Jorge Isaacs, el Edificio Otero, el Palacio Municipal, éstas desde luego con un mayor valor arquitectónico, documental e histórico...” (fl. 81 *ibidem*).

De los apartes que han quedado reseñados infiere la Sala que el inmueble denominado Teatro Colón objeto de la demanda sí reúne las características previstas en el inciso 1° del artículo 140 del citado Acuerdo número 30 de 1993, pues si bien es cierto que la gran mayoría de dichas características fueron destacadas respecto del “Edificio Columbus” no lo es menos que los peritos enfatizaron que al hablar de la edificación se entiende por tal el Edificio Columbus, del cual forman parte, por estar apareados, el Teatro Colón y el Hotel Columbus, inmuebles estos que ocupan un mismo lote y comparten una misma estructura.

## SECCION PRIMERA

De tal manera que siendo el Teatro Colón parte integral de la edificación denominada Edificio Columbus, los valores arquitectónico, documental, histórico y afectivo, que forman parte de la memoria urbana colectiva, que se le atribuyen a éste, no pueden escindirse de aquel.

Las razones precedentes conducen a la Sala a revocar la sentencia de nulidad apelada, en cuanto estimó que el inmueble de marras no se adecuaba a los presupuestos exigidos en el inciso 1° del artículo 140 del referido Acuerdo número 30, y a considerar, en su lugar, que no está llamado a prosperar el primer cargo de violación, razón por la cual deben analizarse las restantes censuras del libelo demandatorio.

Conforme a los artículos 313 numerales 7° y 9° de la Constitución Política, corresponde a los Concejos Municipales “Reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda”; y “Dictar las normas necesarias para el control, la preservación y defensa del patrimonio ecológico y cultural del municipio (subraya fuera de texto).

La Ley 9ª de 1989 en su artículo 2°, que modificó el artículo 34 del Decreto-ley 1333 de 1986, previó que en los planes de desarrollo de los municipios se deberían incluir, entre otros aspectos, el referente a “5. La asignación en las áreas urbanas de actividades, tratamientos y prioridades para desarrollar los terrenos no urbanizados, construir los inmuebles no construidos, conservar edificaciones y zonas de interés histórico, arquitectónico y ambiental...” (las subrayas fuera de texto).

Actualmente, la Ley 136 de 1994 “por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios” señaló en su artículo 32 numeral 8° como atribución de los Concejos Municipales la de “velar por la preservación y defensa del patrimonio cultural”.

Del contenido de las anteriores disposiciones infiere la Sala que los Concejos Municipales están facultados constitucional y legalmente para declarar patrimonio urbano-arquitectónico los inmuebles que representen un valor urbanístico, arquitectónico, histórico, documental, ambiental y/o afectivo, por lo cual el Concejo Municipal de Santiago de Cali, podía hacer las regulaciones a que se contrae el acto administrativo acusado, descartándose así la censura de falta de competencia que se le endilga en los cargos 3° y 4° de la demanda:

En cuanto a la censura a que alude el 2° cargo, tampoco está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

Conforme al artículo 116 del C. de R. M., es presupuesto *sine qua non* para que un acuerdo produzca efectos jurídicos que sea publicado.

La publicación es, pues, el medio legal autorizado para poner en conocimiento de todas las personas la existencia de dicho acto administrativo.

Independientemente de que el Acuerdo número 30 de 21 de diciembre de 1993, como acto administrativo de carácter general que es, pueda tener efectos particulares, como en este caso, el medio adecuado para darlo a conocer es su publicación.

En el evento *sub examine* el referido acuerdo fue publicado el 4 de enero de 1994, según consta a folio 58 del cuaderno principal. Y el 12 de enero del mismo año la representante legal de la demandante solicitó al Concejo Municipal la desafectación de los Teatros Aristi y Colón como patrimonio urbano, conforme obra a folio 51 *ibidem*.

Lo anterior pone en evidencia que no se violó el artículo 29 de la Constitución Política, pues la actora no sólo se enteró oportunamente del contenido del acto que la afectaba sino que pudo solicitar la desafectación del bien objeto de la demanda y acudir oportunamente ante esta jurisdicción.

Finalmente, en lo que toca con la violación del derecho de propiedad y del principio de igualdad ante las cargas públicas, a que alude también el cargo 3°, no está llamada a prosperar, por las siguientes razones:

Es cierto que la declaración de un inmueble como patrimonio urbano arquitectónico constituye una limitación al derecho de dominio o propiedad, como quiera que en virtud de tal declaratoria el propietario adquiere la obligación de conservar y destinar el bien inmueble para el uso que se le haya determinado.

Pero también resulta evidente que dicha limitación tiene respaldo constitucional. En efecto, las limitaciones al derecho de propiedad, y en particular de la facultad de uso, que emanan de las regulaciones de los Concejos Municipales, están consagradas en el artículo 313 numerales 7° y 9°, a los cuales se hizo alusión anteriormente, y propenden por hacer efectiva la función social y ecológica que debe cumplir dicho derecho, al tenor de lo prescrito en el artículo 58 de la Carta Política que lo salvaguarda.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-295 de 29 de julio de 1993, con ponencia del Magistrado, doctor Carlos Gaviria Díaz, expresó:

“...La propiedad, en tanto que función social, puede ser limitada por el legislador, siempre y cuando tal limitación se cumpla en interés público o beneficio general de la comunidad, como, por ejemplo, por razones de salubridad, urbanismo, conservación ambiental, seguridad, etc.; el interés individual del propietario debe ceder, en estos casos, ante el interés social...”.

“En efecto, no hay duda de que en virtud de su función social urbanística la propiedad está sometida a una serie de limitaciones legales que afectan básicamente su uso, dentro de las cuales se encuentran las denominadas cesiones obligatorias gratuitas...”.

“...Para la Corte Constitucional es claro que las regulaciones urbanísticas cumplen una función social y ecológica, pues tienen como propósito la ordenación y

## SECCION PRIMERA

planificación del desarrollo urbano y el crecimiento armónico de las ciudades, con el fin de garantizar una vida adecuada a las personas que las habitan, teniendo en cuenta no sólo los derechos individuales sino también los intereses colectivos en relación con el entorno urbano. Y es por ello que se regula la propiedad horizontal, se establecen normas que reglamentan la construcción de viviendas señalando el volumen y altura de los edificios, imponiendo la obligación de dejar espacio suficiente entre un edificio y otro, la de construir determinadas zonas para jardines, parques, áreas verdes, calles peatonales, vías de acceso a las viviendas, etc., con el fin de lograr la mejor utilización del espacio habitable, para beneficio de la comunidad.

Cabe agregar aquí que ...compete a los Concejos Municipales... “reglamentar los usos del suelo y, dentro de los límites que fije la ley, vigilar y controlar las actividades relacionadas con la construcción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda” (art. 313-7 C. N.).

“...Resultaría paradójico y hasta lógicamente contradictorio que la Constitución de un Estado Social de Derecho prohibiera la limitación del derecho de propiedad cuando ella se cumple en aras del interés común...”.

Es preciso observar también que el establecimiento de limitaciones al uso de un inmueble de propiedad privada por parte de los Concejos Municipales no lo supeditó la Carta Política al pago de indemnizaciones, pues ellas no constituyen un despojo, como ocurre con la expropiación, que sí está sujeta en determinados casos a dicho resarcimiento, por lo cual no cabe predicar la violación del principio de igualdad ante las cargas públicas.

Las consideraciones precedentes imponen a la Sala que se denieguen las pretensiones principales y la primera subsidiaria.

En lo que concierne a la segunda pretensión subsidiaria la Sala estima que el presunto daño que se puede causar por un acto administrativo legal no puede reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como la incoada en el presente caso, dado que el restablecimiento del derecho en ésta tiene, por el contrario, fundamento exclusivo en la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. Tal pretensión solamente podría deducirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial.

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

### FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, y en su lugar, se dispone: *Deniéganse* las pretensiones de la demanda.

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 de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reitera la sentencia de 29 de julio de 1993, Expediente C-295, Magistrado Ponente, doctor Carlos Gaviria Díaz.

## **RECURSO DE APELACION - Requisitos / RECURSO DE APELACION-Sustentación**

**Es presupuesto sine qua non de la sustentación del recurso de apelación de la referencia clara y concreta que el recurrente haga de las consideraciones de la sentencia apelada y de los argumentos tendientes a dejar sin sustento jurídico las mismas, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponde hacer dichas confrontaciones en orden a concluir si la sentencia merece o no su confirmación.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D.C., veintidós (22) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Referencia: número 3523.

Recurso de Apelación contra la sentencia de 16 de agosto de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá.

Actora: Cooperativa de Transportadores de los Llanos Orientales Ltda. "Cootrallanero Ltda y otra".

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia de 16 de agosto de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que declaró probada las excepciones de inepta demanda por ausencia de poder respecto de la Empresa Cooperativa Casanareña de Transportadores Ltda "Coocatrans Ltda", e indebida representación por insuficiencia de poder, respecto de la Empresa Cooperativa de Transportadores de los Llanos Orientales Ltda "Cootrallanero Ltda", y, en consecuencia, se abstuvo de proferir pronunciamiento de mérito respecto de las pretensiones de la demanda.

### **I. ANTECEDENTES**

I.1. Las Empresas Cooperativa de Transportadores de los Llanos Orientales Ltda "Cootrallaneros Ltda", y Cooperativa Casanareña de Transportadores Ltda.

“Coocatrans Ltda”, por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C.C.A., presentaron demanda ante el Tribunal Administrativo de Boyacá tendiente a que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1a). Es nula la Resolución número 0198 de 13 de junio de 1989 **“por la cual se autoriza la prestación del servicio público de transporte de pasajeros en la ruta: Yopal - Aguazul y viceversa a la empresa: Taxis Sugamuxi S.A.”**, expedida por el Director del Instituto Nacional del Transporte - Intra - Regional Boyacá y Casanare.

2a). Es nula la Resolución número 0289 de 29 de agosto de 1990 “por la cual se reestructura la ruta: Yopal - Aguazul, en el tipo vehículo microbús”, expedida por el Director del Instituto Nacional del Transporte - Intra - Regional Boyacá y Casanare.

3a). Es nula la Resolución número 0294 de 3 de septiembre de 1990 “por la cual se autoriza una ruta y unos horarios”, expedida por el Director del Instituto Nacional del Transporte - Intra- Regional Boyacá y Casanare.

4a). Es nula la Resolución número 0445 de 12 de diciembre de 1990 “por la cual se deciden los recursos de reposición interpuestos contra las resoluciones números 0289 de agosto 29 de 1990 y 0294 de septiembre 3 del mismo año y se concede apelación”, expedida por la Directora *ad hoc* del Instituto Nacional del Transporte - Intra - Regional Boyacá y Casanare.

5a). Es nula la Resolución número 00844 de 29 de abril de 1991 “por la cual se deciden recursos de apelación interpuestos contra la Resolución número 0294 de septiembre 3 de 1990 por las empresas Cootrallanero Ltda., Coocatrans Ltda. Y Autoboy S.A., y se resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución número 445 de diciembre 12 de 1990, por la empresa Autoboy S.A., y no se abocan los recursos de apelación interpuestos por las empresas Cootrallanero Ltda, y Coocatrans Ltda., contra la Resolución número 445 de 1990”, expedida por el Director General del Instituto Nacional de Transporte y Tránsito - Intra -

6a). Como consecuencia de las declaraciones anteriores se disponga que queden libres los horarios y que se pueden adjudicar conforme a la ley.

7a). Se condene al Instituto Nacional del Transporte - Intra - a pagar a las demandantes por concepto de perjuicios materiales las siguientes sumas de dinero:

a) A Cootrallanero Ltda. La suma de \$1.800.000.00, junto con los intereses corrientes en porcentaje no inferior al 24% anual, desde el 4 de diciembre de 1989, hasta cuando se efectúe el pago, que corresponde al valor que ésta pagó al Ingeniero Noé Cárdenas G. por concepto de los estudios para ofertar la ruta Yopal - Aguazul y viceversa.

b) A Coocatrans Ltda. la suma de \$1.200.000.00, junto con los intereses corrientes en porcentaje no inferior al 24% anual, desde el 4 de diciembre de 1989, hasta

## SECCION PRIMERA

cuando se efectúe el pago, que corresponde al valor que ésta pagó al Ingeniero Noé Cárdenas G. por concepto de los estudios para ofertar la ruta Yopal-Aguazul y viceversa.

I. 2. En apoyo de sus pretensiones las actoras adujeron los siguientes cargos de violación:

1. Los actos administrativos acusados son violatorios de los artículos 32 de la Constitución Política anterior y 333 de la actual, porque el Intra estableció una preferencia en favor de la Flota Sugamuxi S.A. en detrimento de las empresas demandantes.

2. La Resolución número 0198 de 13 de junio 1989 violó la Resolución número 425 de 16 de marzo de 1989, expedida por la Dirección General del Intra, por cuanto esta última resolución en su artículo 4º, canceló la licencia de funcionamiento y clasificación de la empresa Taxis Flota Sugamuxi S.A. y aquélla autorizó a la empresa extinguida la prestación del servicio en la ruta Yopal - Aguazul y viceversa, desconociendo así los derechos de las demandantes de ofertar las rutas. Así mismo se quebrantó el Decreto 1183 de 1986, porque bajo las exigencias del mismo se adjudicaron los horarios a la empresa cancelada en su funcionamiento.

3. La Resolución número 0445 de 12 diciembre de 1990, que resolvió los recursos de reposición y de apelación interpuestos contra la Resolución número 0289 de 29 de agosto de 1990 incluyó elementos nuevos en relación con ésta y no fue notificada, razón por la cual se violaron los artículos 43 a 47 del C.C.A., es decir, que el mencionado acto no tiene vida jurídica por falta de notificación.

4. La Resolución número 0198 de 3 de junio de 1989 violó el principio de igualdad y equidad de las empresas frente a la ley y estableció una preferencia en favor de Flota Sugamuxi S.A., en detrimento de las empresas demandantes.

Además, en el concepto de cubrimiento otorgó un puntaje preferencial que rompe el equilibrio de igualdad.

5. La citada Resolución número 0198 es violatoria del artículo 2º, del C.C.A., porque no respetó el principio rector allí previsto.

I.3 A la demanda se le imprimió el trámite del procedimiento ordinario, el cual culminó con la sentencia de 16 de agosto de 1995, que fue oportunamente apelada por el apoderado de las actoras.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada el a quo razonó, principalmente, de la siguiente manera.

1. El apoderado de las empresas Autoboy S.A., y Flota Sugamuxi S.A., propone las excepciones de inepta demanda y de caducidad de la acción.

Alega inepta demanda porque no se acompañó con la demanda el poder para iniciar el proceso a nombre de Coocatrans Ltda.

Estudiado el libelo demandatorio y revisados los anexos que se acompañaron con el mismo se encuentra que sólo se allegó el poder para adelantar el proceso a nombre de Cootrallanero Ltda., y no se encuentra poder del representante legal de la empresa Coocatrans Ltda., por lo cual prospera dicha excepción.

2. En cuanto a la excepción de inepta demanda por falta de determinación clara del poder por parte de Cootrallanero Ltda., en realidad este medio de defensa corresponde a una indebida representación, por insuficiencia de poder, lo cual se colige de la forma como se propone.

Al respecto se observa: el señor Gilberto Carrillo Arce en su condición de representante legal de la Cooperativa de Transportadores de los Llanos Orientales Ltda. "Cootrallanero Ltda", otorgó "poder especial, amplio y suficiente al doctor Rudesindo Rojas Soler, quien es abogado titulado e inscrito, para que en nombre y representación de la persona jurídica mencionada, inicie, tramite y lleve a término proceso de nulidad y restablecimiento del derecho *contra unas resoluciones proferidas por el Intra Regional Boyacá, con recursos de apelación ante la Dirección General del mismo Instituto; las resoluciones afectan en forma negativa la libre actividad de nuestra empresa...*" (Resalta el Tribunal fuera de texto).

De la lectura del poder se infiere que no tiene delimitación temporal, porque se otorga para demandar "unas resoluciones" y no todas las proferidas por el Intra Regional Boyacá, sin que se especifique la fecha exacta de las mismas, ni cuáles en concreto son los actos administrativos objeto de las demandas.

Además, no se sabe cuáles de las resoluciones acusadas afectan la libre actividad de empresa.

Por lo anterior, es fácil concluir que existe una insuficiencia de poder, en la medida en que su redacción no es concreta sino, por el contrario, es ambigua, inexacta y vaga porque es factible que no se hubiesen demandado todas las resoluciones que afectan en forma negativa la libre actividad de empresa, o que afectando esa actividad no debían ser objeto de demanda ya que el poder se confirió para demandar sólo unas resoluciones y no todas las que afectan el libre desenvolvimiento de la empresa.

Siendo el poder insuficiente existe por, consiguiente, una indebida representación de la parte demandante, que es lo que el apoderado denomina inepta demanda, excepción que debe prosperar.

### III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de las demandantes sustenta su inconformidad con la sentencia apelada en el hecho de que tanto de la demanda como de las pruebas que se aportaron y recaudaron en la etapa probatoria se deduce que los actos impugnados se encuentran

## SECCION PRIMERA

afectados de la nulidades invocadas y como quiera que la sentencia no acogió los planteamientos de la demanda, se interpone el recurso para que en la segunda instancia se revoque la sentencia apelada y se acceda a las pretensiones de la demanda.

### IV. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

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 declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso, a partir del auto admisorio de la demanda, inclusive, por haberse incurrido en la causal de nulidad consagrada en el numeral 7°, del artículo 140 del C. de P.C., esto es, cuando una persona jurídica comparece por intermedio de quien no es su representante de acuerdo con la ley o los estatutos, ya que a quien asumió la representación de las demandantes no le confirieron poder demandar.

### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la sustentación del recurso de apelación esta Corporación ha precisado lo siguiente.

“... Si bastara al recurrente afirmar en todos los casos, al impugnar una decisión judicial, que se atiene a lo afirmado y sostenido en el curso de la instancia, sobraría en absoluto la exigencia perentoria contenida en el inciso segundo del artículo 212 del C.C.A.

La necesidad de que el recurrente aporte argumentos en contra de que los fundamentos del fallo apelado, **los cuales constituyen la base de estudio de la decisión de segundo grado**, es reafirmada por el inciso, subsiguiente, al sancionar con la deserción del recurso la omisión del requisito en estudio ( las negrillas y subrayas fuera de texto).

Al no haber expuesto el recurrente las razones que motivaron su disconformidad con las motivaciones y conclusiones de la sentencia que puso fin a la primera instancia, no le es permitido al *ad quem* hacer un nuevo estudio de fondo acerca de las pretensiones incoadas, sin incurrir en palmario quebranto de la norma procedimental que exige la debida sustentación del recurso de apelación” (Sentencia de 6 de junio de 1987, expediente número 338, actor: Fernando Sarmiento Cifuentes. Consejero ponente, doctor Samuel Buitrago Hurtado).

“... Tal exigencia implica, que el recurrente en el escrito de sustentación señala el ámbito o marco procesal a que debe circunscribirse el juez ad quem para decidir el recurso.

La competencia de éste, queda pues limitada a confrontar la providencia recurrida con los motivos de inconformidad aducidos por el recurrente. No puede, por consiguiente, el juez de segundo grado analizar la providencia recurrida en aspectos diferentes a los controvertidos en el escrito de sustentación del recurso ...”

(Sentencia de 17 de julio de 1992, Expediente número 1951. Actor: Oscar Conde Ortiz, Consejero ponente, doctor Ernesto Rafael Ariza Muñoz).

“... De acuerdo con la jurisprudencia “... el deber de sustentar este recurso (se refiere al de apelación) consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso; o sea para expresar la idea con un criterio tautológico, presentar el escrito por el cual, mediante la pertinente crítica jurídica, se acusa la providencia recurrida a fin de hacer ver su contrariedad con el derecho y alcanzar por ende su revocatoria o modificación (Corte Suprema de Justicia. Providencia de agosto 30 de 1984, Magistrado Ponente doctor Humberto Murcia Ballén, Código de Procedimiento Civil. José Fernando Ramírez Gómez, colección Pequeño Foro, Página 319)”

(Auto de Sala Unitaria del Consejero, doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, de 17 de marzo de 1995, expediente número 3250, actores: Sociedad Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía.).

En esta oportunidad la Sala reitera los criterios antes esbozados en cuanto a que es presupuesto *sine qua non* de la sustentación del recurso de apelación la referencia clara y concreta que el recurrente haga de las consideraciones de la sentencia apelada y de los argumentos tendientes a dejar sin sustento jurídico las mismas, pues precisamente al juzgador de segundo grado corresponde hacer dichas confrontaciones en orden a concluir si la sentencia merece o no su confirmación.

En el caso *sub examine* el apoderado de las actoras para nada se refirió a los motivos por el *a quo*, que lo condujeron a un fallo inhibitorio.

En otro giro, brilla por su ausencia en el escrito contentivo del recurso de apelación la referencia acerca de si se dio o no la carencia absoluta de poder en relación con la actora Cooperativa Casanareña de Transportadores Ltda “Coocatrans Ltda”, o la insuficiencia del mismo, en lo que concierne a la demandante Cooperativa de Transportadores de los Llanos Orientales Ltda. “Cootrallaneros Ltda. aspectos Jurídicos estos respecto de los cuales se fundamentó el fallo apelado.

En estas circunstancias no le queda a la Sala otro camino que confirmar la sentencia objeto de la alzada.

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

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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

## SECCION PRIMERA

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

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 21 de marzo de 1996.

*Ernesto Raael Ariza Muñoz, Presidente, Juan Alberto Polo Figueroa, Reynaldo Chavarro Buriticá, Conjuez, (ausente), Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera lo dicho en auto de 17 de marzo de 1995; Sala Unitaria expediente 3250; Consejero Ponente doctor Libardo Rodríguez Rodríguez, Actor: Sociedad Trasalfa Restrepo Hermanos y Cía.

## **SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / IMPOSICION DE SANCIONES / CANCELACION DE LICENCIA - Causales**

El artículo 28 del Decreto 1787 de 1990 señala específicamente las circunstancias en las que es procedente cancelar la licencia de funcionamiento a una empresa cualquiera, sin que ello entrañe en todos los casos una sanción, aunque equivocadamente se le llegare a dar esa denominación en un determinado evento, ya que si bien algunas de tales circunstancias están referidas a sanciones, otras no, como son las contempladas en los literales b), d), e), f) y g), las que no constituyen infracciones o faltas, atendiendo los artículos 106 y siguientes del mismo Decreto, sino simplemente situaciones que dan lugar a la cancelación de la licencia, esto es, que autorizan a la administración para revocar o dejar sin efecto el acto con el cual le había conferido. Mientras que el artículo 103, cuya lectura hay que hacerla en concordancia con los que le siguen, hasta el 112, se ocupa de un aspecto muy distinto, aunque relacionado, como es el de las sanciones de las conductas que los artículos 106 en adelante tipifican como infracciones o faltas, imputables no sólo a las empresas, sino también a todos los prestadores del servicio, a los conductores e incluso a los propietarios de los automotores, conductas que como atrás se expresó, difieren de las situaciones que generan la cancelación de la licencia. Tales normas regulan que lo que se puede considerar el régimen disciplinario de quienes están vinculados al transporte urbano de pasajeros en sus diferentes modalidades.

## **SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE / REQUISITOS - Incumplimiento / CANCELACION DE LICENCIA / PRUEBA / PRESUNCION DE LEGALIDAD**

El resultado de la averiguación administrativa fue el de haber encontrado que muchas de las condiciones correspondientes a los requisitos del artículo 28 del Decreto 1787 de 1990 no se estaban dando. La situación observada llevó al despacho a considerar que no sólo estaba autorizada sino obligada a cancelar la licencia de funcionamiento a Coochosan Ltda. En cuanto a la realidad de los hechos, la Sala no puede menos que acogerlos como ciertos, no sólo por estar relatados en un acto que goza de

## SECCION PRIMERA

presunción de legalidad y además contenido en documento público que por lo mismo se presume auténtico. Lo que aparece como demostrado en la investigación administrativa es que varios de los hechos que dieron origen al otorgamiento de la renovación de la licencia no se estaban cumpliendo, esto es, no correspondían a la realidad, amén de que produjo en el fallador el convencimiento de que las condiciones de prestación del servicio no se hallaban garantizadas.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*.

Radicación número 2347

Referencia. Autoridades municipales.

Actora: Coop-Choferes Asalariados de Santander Ltda. "Coochosan Ltda".

Se encuentra en apelación la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en el proceso adelantado por la Cooperativa de Choferes Asalariados de Santander Ltda. -Coochosan Ltda.-, en la cual niega las pretensiones de la parte actora y la condena en costas.

### ANTECEDENTES

#### 1. La demanda

a) *Los hechos*. La Alcaldía Metropolitana de Bucaramanga expidió las Resoluciones números 0106 de agosto 24 de 1992 y 0131 de noviembre 4 de 1992, mediante las cuales, en su orden, le canceló la licencia de funcionamiento que le había otorgado a la Cooperativa en mención y resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la primera en el sentido de confirmarla en su integridad.

Coochosan demandó la nulidad de ambas decisiones y a manera de restablecimiento del derecho pide se le repare el daño causado por dichos actos, según peritaje que solicitó para el efecto.

En la narración de los hechos en que fundamenta la demanda, se controvierten uno a uno los motivos de los citados actos, sosteniendo que no corresponden a la verdad, y que todo obedeció a quejas injustas, consejas y chismes promovidos por socios que no comulgan con la buena marcha de la empresa. En resumen, los motivos aluden a lo siguiente:

- Programa y sistema de mantenimiento de vehículos. La Alcaldía dice que en visita practicada el 26 de mayo de 1992 comprobó que éste no existía en la empresa,

por cuanto no podía considerarse como tal el darle a cada automotor un día de descanso semanalmente para que el propietario lo llevara al taller de su confianza, según descargos presentados por el gerente. La accionante insiste en que con ello sí estaba dando cumplimiento al mandato legal al respecto.

– La Cooperativa no tenía a mayo 26 de 1992 la certificación de la Dirección de Tránsito de Bucaramanga. La empresa dice que sí, ya que a la mencionada fecha tenía 57 automotores afiliados, de los cuales dos (2) eran de su propiedad, pero que por razones de negocios hubo que traspasar uno de ellos. Posteriormente, en el mes de octubre, la empresa adquiere el 50% de otro automotor.

– La Alcaldía dice que en el control de frecuencias S.T. 050-92 realizado el 6 de abril de 1992, aparece ostensible el incumplimiento en cuanto al destino de determinadas rutas, al dejar a los pasajeros en sitios diferentes a los de llegada. La empresa dice que al respecto existe confusión en el funcionario sancionador, ya que el hecho no constituye infracción por frecuencia sino por incumplimiento del servicio. Existe prueba suficiente de que sí se cumplía a cabalidad con la frecuencia.

– El 26 de mayo de 1992 la Dirección de Tránsito de Bucaramanga comprueba que dos de los terminales no cuentan con un área de 500 metros a la redonda, que uno de ellos está ubicado sobre la vía e impide el tránsito normal de otros vehículos y que otro de los que le habían sido autorizados ya no existe, por cuanto fue trasladado de lugar sin autorización de la Alcaldía. Sobre el particular dice la empresa que no existe exigencia legal perentoria del área en mención, y que los sitios que tiene como terminales reúnen a satisfacción las exigencias del artículo 20 del Decreto 1787 de 1990.

b) *Normas enunciadas como violadas y concepto de la violación.* La accionante manifiesta que las resoluciones demandadas contravienen el artículo 29 de la Constitución, el título IX, capítulos I y II, artículos 102, 103, 105, 106 y 108 del Decreto 1787 de 1990 y el numeral 2° del artículo 5° de la Ley 57 de 1887, debido a que no se tuvo en cuenta la escala de sanciones prevista en el artículo 103 en cita y que no había reincidencia por cuanto la empresa no había sido multada ni suspendida como se encuentra demostrado y se afirma en los actos impugnados, de modo que no había lugar a imponer la máxima sanción.

## 2. Contestación de la demanda y razones de la defensa

La entidad demandada respondió en tiempo la demanda, en el sentido de negar los cargos que en ella se le hacen a los actos que profirió, exponiendo frente a cada uno de aquellos el fundamento jurídico de los aspectos cuestionados, así:

– En cuanto al origen de la investigación que adelantó la Alcaldía, anotó que las quejas elevadas contra la Cooperativa debían ser atendidas, utilizando los medios legales para ello, como fue el procedimiento establecido en el artículo 42 del Decreto 1787 de 1990.

## SECCION PRIMERA

– El área de 500 metros de que se habla en la resolución atacada está prevista en los literales c1) y c2) del artículo 52 del Decreto 1066 de 1988, así como en el Decreto 1787 de 1990.

– Los hechos motivo de la decisión se encuentran debidamente demostrados, como la falta de programa de mantenimiento del parque automotor, el cambio de terminales sin la debida autorización, etc.

### 3. La sentencia impugnada

El *a quo*, en coincidencia con la vista fiscal, halló que los hechos que sirvieron de base a los actos atacados contaron con suficiente comprobación, como que las pruebas estaban constituidas por documentos públicos que “*acreditaban las fallas que venía presentando Coochosan*” y dada la gravedad de las mismas “*lo indicado era la cancelación de la licencia conforme a lo previsto por el Decreto 1787 de 1990 en su artículo 28, que contempla las causales que dan lugar a la cancelación de licencia*”, de donde dedujo que no hubo violación de la Ley 57 de 1887.

En la providencia se advierte que los testimonios recepcionados a petición de la demandante, en lugar de desvirtuar los hechos, amén de no ser idóneos para el efecto, evidencian la aguda situación de conflicto que existía entre sus socios, la que dio al traste con la misma.

### 4. El recurso

Interpuesto en tiempo, la accionante lo sustenta con la reiteración del alcance e implicaciones de las normas del Decreto 1787 de 1990, invocadas en la demanda, en cuyo análisis se detiene brevemente, de modo especial en su artículo 103. Lo propio hace en relación con algunos testimonios, respecto de los cuales dice no entender las razones del *a quo* para desestimarlos, y que a su juicio debieron ser tenidos en cuenta.

## II. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El colaborador fiscal ante esta instancia, luego de hacer el examen de las piezas pertenecientes a la actuación administrativa que obran en el expediente, las probanzas y la normatividad aplicable al caso, concluye que se respetaron las formalidades del debido proceso y que los hechos ameritaron la decisión tomada en ambas resoluciones, por ende pide la confirmación del fallo impugnado.

Por no observarse motivos que afecten la validez de lo diligenciado y encontrándose para decidir la presente instancia, se procede a ello previas las siguientes,

## III. CONSIDERACIONES

Como se dijo ambas decisiones atacadas fueron expedidas por la Alcaldía de Bucaramanga. Mediante la primera se dispone cancelar la licencia de funcionamiento otorgada a la Cooperativa de Choferes Asalariados de Santander Ltda., –Coochosan Ltda.–, en virtud de una investigación administrativa que le fue adelantada por quejas

presentadas contra ella, y mediante la segunda se resuelve el recurso de reposición que la interesada interpuso contra la primera, lo que se dio en el sentido de confirmarla.

El cuestionamiento jurídico que la afectada hace a dicha decisión se contrae básicamente a la violación del debido proceso (artículo 29 de la C. N.), la que concreta en la desatención de las normas legales pertinentes, en especial de la escala de sanciones prevista en ellas, cuya aplicación forzosa la deriva del artículo 105 del Decreto 1787 de 1990 por ser posterior al 28 *ibidem*. En la demanda si bien se ataca la ocurrencia de los hechos que tuvo en cuenta la Alcaldía para tomar la decisión en comento, no derivó de ello ningún cargo jurídico en particular.

A continuación se transcriben las normas precitadas, como marco de referencia para el respectivo examen.

#### Constitución Política:

“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

“Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada Juicio.

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

“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

“Es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

#### Decreto 1787 de 1990:

“Artículo 102. Serán sancionados por la autoridad metropolitana, distrital o municipal competente de acuerdo con las normas contenidas en el presente decreto la empresa de transporte público colectivo municipal de pasajeros y mixto y quienes desarrollen la actividad transportadora de servicio público sin sujeción a las normas legales.

«Artículo 103. Las sanciones para infractores serán las siguientes:

“ a) Multas;

## SECCION PRIMERA

“b) Suspensión de la licencia de funcionamiento, y

“c) Cancelación de la licencia de funcionamiento.

“Las reincidencias del infractor serán sancionadas así:

“1. Después de tres (3) multas en un mismo año, la nueva sanción no podrá ser distinta de suspensión de la licencia, hasta por treinta (30) días.

“2. Después de cuatro (4) sanciones en un período de dos (2) años, entre las cuales hubiere al menos una suspensión de la licencia, la nueva sanción no podrá ser distinta a la cancelación de la licencia.

«Artículo 105.- En la graduación de la sanción se tendrá en cuenta la gravedad de la infracción, las circunstancias que rodearon la misma, los antecedentes de las empresas y su incidencia en la prestación del servicio público de transporte.

“Al aplicar las sanciones la autoridad deberá ceñirse a la escala prevista en el artículo 103 del presente estatuto.

“Artículo 106. Será sancionada con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos mensuales vigentes, la empresa de servicio público de transporte de pasajeros y mixto que incurra en cualquiera de las siguientes infracciones:

“a) No entregar a las autoridades de transporte los datos que según las normas vigentes deba suministrar con fines de información o de estudio;

«b) Permitir la circulación de vehículos de la empresa sin sus distintivos o sin portar su razón social en aviso visible;

“c) Modificar el nivel de servicio autorizado, y

“ d) No cumplir con el plan de rodamiento establecido.

«Artículo 108. Será sancionada con multa entre seis (6) y cincuenta y cinco (55) salarios mínimos mensuales vigentes, la empresa de servicio público de transporte de pasajeros y mixto que incurra en cualquiera de las siguientes faltas:

“a) Despachar servicios de transporte en zonas de operación o rutas no autorizadas;

“b) Despachar vehículos conducidos por personas no idóneas, embriagadas o bajo el efecto de drogas;

“c) Alterar la capacidad transportadora autorizada a la empresa;

“d) Utilizar conductores asalariados no contratados directamente por la empresa;

- “e) Despachar vehículos sin las necesarias condiciones de seguridad;
- “f) Carecer de un programa y sistema de mantenimiento preventivo para los vehículos o no facilitar los medios para hacerlo a los propietarios de los mismos;
- “g) Transportar pasajeros en condiciones que peligre su integridad física;
- “h) Despachar buses sin que ostenten el color o distintivo especial señalado por la autoridad competente para diferenciar el nivel de servicio o tarifa que deben cobrar dichos automotores y los elementos de identificación de las rutas;
- “i) No poseer un fondo para reposición de equipo, y
- “j) No presentar anualmente los programas de reposición de equipo”.

Ley 57 de 1887:

“Artículo 5°. Cuando haya incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se preferirá aquélla.

“Si en los códigos que se adoptan se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes:

“2) Cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad, y se hallen en un mismo código, y si estuvieren en diversos códigos, se preferirán por razón de éstos, en el orden siguiente: Civil, de Comercio, Penal, Judicial, Administrativo, Fiscal, de Elecciones, Militar, de Policía, de Fomento, de Minas, de Beneficencia y de Instrucción Pública”.

Según se expresa en la Resolución 0106 de 1992, la investigación se inició debido a quejas presentadas por varias personas en relación con posibles infracciones del estatuto del transporte por parte de la mencionada Cooperativa. Para su comprobación, la Alcaldía tomó como punto de partida los requisitos que la empresa había acreditado para obtener la renovación de su licencia de funcionamiento, los cuales eran señalados en el artículo 21 del Decreto 1066 de 1988, en orden a verificar si permanecían en el tiempo, como lo manda el artículo 28 del Decreto 1787 de 1990.

El resultado de la averiguación administrativa ya es conocido, como fue el de haber encontrado que muchas de las condiciones correspondientes a los requisitos del artículo 28 del Decreto 1787 de 1990 no se estaban dando, lo cual condujo a la Administración al siguiente razonamiento, preludeo de la decisión final:

“Si condiciones y requisitos para el desempeño de una actividad se requieren al ser autorizada ésta, es obvio que al desaparecer unos y otros la actividad deja de enmarcarse en las posibilidades que permitieron su autorización y por consiguiente, dejó también de ser legítima, cuestión que desde un principio estaba señalada como una especie de ‘regla de juego’ para el ejercicio de la lealtad”.

## SECCION PRIMERA

Aparte de lo anterior, la investigadora halló un ostensible enfrentamiento entre los afiliados de la Cooperativa, tanto que ya había trascendido a la luz pública, constituyéndose en otro factor de perturbación del servicio a su cargo.

La situación observada llevó al despacho a considerar que no sólo estaba autorizada sino obligada a cancelar la licencia de funcionamiento a Coochosan Ltda., por encuadrarse en las causales previstas para ello en los literales b) y d) del artículo 28 del Decreto 1787 de 1990, a lo que en efecto procedió.

En cuanto a la realidad de los hechos, la Sala no puede menos que acogerlos como ciertos, no sólo por estar relatados en un acto que goza de presunción de legalidad y además contenido en documento público que por lo mismo se presume auténtico, sino también porque en el plenario obran los medios probatorios que se invocan en dicho acto, igualmente instrumentos públicos, a saber:

– Informe de “control de frecuencias”, fechada el día 6 de abril de 1992 (fl. 42, cdno. ppal.).

– Oficio ST 030-92 de marzo 6 de 1992, emanado del Jefe de Sección Transporte, dirigido al gerente de Coochosan Ltda. (fl. 279, cdno. 3).

– Informe del Jefe de la Sección Transporte de la Secretaría de Tránsito sobre los hechos objeto de la investigación (fl. 281, cdno. 3).

– Resolución del Director de Tránsito fechada el 14 de mayo de 1992 en la que ordena sendas visitas a los lugares de operación de la empresa (fl. 283, cdno. 3).

– Acta de las mencionadas visitas (fls. 284 a 287, cdno. 3).

A ello se agrega que el ataque que se les hace en la demanda significa más una discrepancia en la apreciación de los alcances y connotación de los mismos que un desconocimiento o rechazo a su veracidad. Es el caso a manera de ejemplo, de lo relativo al programa de mantenimiento del parque automotor, en el que para la empresa se satisface con el hecho de dejar un día a la semana a cada propietario para que lleve el vehículo al taller de su confianza, mientras que para la autoridad de tránsito no lo es, apreciación esta que ha de primar dado el carácter técnico del asunto y las razones del mismo orden que da para estimarlo así.

De hecho, la liberalidad que está contenida en la práctica descrita desdice de la existencia de una verdadera programación del mantenimiento del equipo rodante en servicio.

A petición de las partes se trajeron numerosos testimonios, los que como lo advierte el *a quo* no tienen la virtualidad de restarle la eficacia probatoria a los documentos atrás relacionados, y por el contrario, muchos de ellos corroboran varias de las deficiencias observadas así como la situación de conflicto que se vivía al interior de la Cooperativa, tanto que se da cuenta de la existencia de dos bandos irreconciliables, los

que incluso se presentan entre los deponentes, en cuyas declaraciones aflora en verdad una situación que no hacía viable la continuación de la actividad de la Cooperativa, por sus graves efectos en la prestación del servicio.

Ahora bien, dada como cierta la situación fáctica se precisa establecer si ella podía servir como motivación válida para la decisión que se tomó, lo que implica en principio confrontarla con las normas invocadas para el efecto, las cuales son del siguiente tenor:

**“Artículo 28 (Decreto 1787 de 1990). Se procederá a cancelar la licencia de funcionamiento:**

“ ...

“b) Cuando se compruebe por la autoridad competente mediante visitas a las empresas de transporte municipal, que los hechos que dieron origen al otorgamiento no corresponden a la realidad;

“ ...

“d) Cuando las condiciones de prestación del servicio no estén garantizadas en forma efectiva”;

**“Artículo 21 (Decreto 1066 de 1988). Se otorgará licencia de funcionamiento a las empresas que acrediten los siguientes requisitos:**

“a) Contrato de trabajo con la totalidad del personal de conductores, los cuales deberán estar vinculados directamente a la empresa sin perjuicio de la responsabilidad solidaria por las prestaciones sociales establecidas para el propietario del vehículo;

“b) Certificación expedida por el Instituto de Seguros Sociales sobre el otorgamiento del número patronal;

“ c) Contratos de arrendamiento o de administración de los vehículos según la clase de empresa;

«d) Documentos que acrediten la propiedad de sus vehículos;

“e) Documentos que demuestren el capital mínimo pagado que la ley exige;

“f) Capacidad transportadora mínima exigida de propiedad de la empresa socios y/o accionistas;

“g) Régimen contable y contabilidad actualizada;

“h) Reglamento de funcionamiento de la empresa;

“i) Estructura administrativa y operativa acorde al tipo y tamaño empresarial;

## SECCION PRIMERA

- “j) Instalaciones físicas mínimas para la operación de la empresa;
- “k) Terminales adecuados para el despacho de vehículos,
- “l) Terminales adecuados para la operación del equipo automotor;
- “m) Contar con un programa o un sistema de mantenimiento preventivo tanto para los vehículos de propiedad de la empresa como para los vinculados;
- “n) Las pólizas de seguro exigidas a las empresas por la ley, y
- “o) Cumplir con el puntaje mínimo exigido para cada clase de empresa.

“Parágrafo. El Instituto Nacional del Transporte fijará los valores de los requisitos señalados en los literales d), e) y f) de este artículo y definirá los elementos que se tendrán en cuenta para la determinación del puntaje en cada clase de empresa, de acuerdo con el tamaño y población de las ciudades.

“El puntaje señalado a una empresa podrá ser modificado cuando cambie la evaluación de los factores tenidos en cuenta para su determinación”.

Precisamente lo que aparece como demostrado en la investigación administrativa es que varios de los hechos que dieron origen al otorgamiento de la renovación de la licencia no se estaban cumpliendo, esto es, no correspondían a la realidad, amén de que produjo en el fallador el convencimiento de que las condiciones de prestación del servicio no se hallaban garantizadas.

Además, los aspectos objeto de la investigación son parte de los requisitos que se han de acreditar para la obtención de la referida licencia o su renovación, en virtud de lo regulado en el artículo 21 del Decreto 1066 de 1988, norma que tuvo en cuenta la Alcaldía Metropolitana para su pronunciamiento, en concordancia con los literales c1) y c2) del artículo 52 del mismo Decreto y el 22 del Decreto 1787 de 1990, que en su orden regulan el área de los terminales y el porcentaje de vehículos propios como respaldo de la capacidad transportadora mínima.

De suerte que no se evidencia vicio alguno en lo que hace a los motivos que se invocaron para justificar las decisiones impugnadas, cargo que se insinúa en la demanda y que por lo atrás expuesto no está llamado a prosperar.

Pasando ya al estudio de los cargos que de manera expresa hace el libelista –los cuales como se advirtió se pueden integrar en uno solo, como es el de la violación del debido proceso– se tiene que el concepto de la violación radica en que por lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 57 de 1887, el artículo 105 debía aplicarse de preferencia sobre el 28 del Decreto en cita, toda vez que siendo ambos de una misma especialidad, aquel por ser posterior prima sobre éste, de suerte que el funcionario sancionador ha debido ceñirse –tomando la expresión del artículo 105– al artículo 103 ejusdem, es decir, debió haber procedido a constatar si se daba el presupuesto para la sanción

comentada y así haber respetado la escala de sanciones descrita en el artículo 103 del Decreto 1787 de 1990, en la forma como lo ordena el 105 del mismo estatuto.

Agrega el accionante que por el contrario, en la resolución se dice que estaba demostrado que *“no hubo multas ni suspensión de licencia ni reincidencia”*, ante lo cual se pregunta *“cómo se recurre a la máxima sanción como si estuviera en vigencia el código de Dracón?”*.

Comparando las disposiciones en cita, se observa claramente que la inconformidad del accionante sobre el particular está montada sobre una premisa falsa, como es la de considerar que lo regulado en el artículo 28 es de la misma especialidad de lo regulado en los artículos 103 y 105, todos del Decreto 1787 de 1990, cuando en realidad se ocupan de tópicos distintos, aunque dentro de la misma materia de que trata el decreto.

En efecto, el artículo 28 del Decreto 1787 de 1990 señala específicamente las circunstancias en las que es procedente cancelar la licencia de funcionamiento a una empresa cualquiera, sin que ello entrañe en todos los casos una sanción, aunque equivocadamente se le llegare a dar esa denominación en un determinado evento, ya que si bien algunas de tales circunstancias están referidas a sanciones, otras no, como son las contempladas en los literales b), d), e), f) y g), las que no constituyen infracciones o faltas, atendiendo los artículos 106 y siguientes del mismo Decreto, sino simplemente situaciones que dan lugar a la cancelación de la licencia, esto es, que autorizan a la Administración para revocar o dejar sin efecto el acto con el cual la había conferido.

Mientras que el artículo 103, cuya lectura hay que hacerla en concordancia con los que le siguen, hasta el 112, se ocupa de un aspecto muy distinto, aunque relacionado, como es el de las sanciones de las conductas que los artículos 106 en adelante tipifican como infracciones o faltas, imputables no sólo a las empresas, sino también a todos los prestadores del servicio, a los conductores e incluso a los propietarios de los automotores, conductas que como atrás se expresó, difieren de las situaciones que generan la cancelación de la licencia. Tales normas regulan pues lo que se puede considerar el régimen disciplinario de quienes están vinculados al transporte urbano de pasajeros en sus diferentes modalidades.

En consecuencia, la aplicación del artículo 28 es autónoma en relación con los artículos 103 y siguientes, no obstante la relación ya advertida, de modo que no hay la prevalencia que sobre él mismo reclama el libelista, y por tanto no hay desconocimiento de los artículos 29 de la Carta y 52 de la Ley 57 de 1887, con lo cual pierde todo piso la pretendida violación del proceso por este concepto, de donde el cargo no prospera.

En resumen, la Sala no encuentra fundadas las razones expuestas por el demandante para revocar la providencia de primer grado, por tanto, en consonancia con la vista fiscal, se procederá a su confirmación.

## SECCION PRIMERA

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

### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia apelada.

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 21 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**FUNCION POLICIVA / PROTECCION A LA POSESION, TENENCIA Y  
SERVIDUMBRES / CODIGO NACIONAL DE POLICIA / CODIGO DE-  
PARTAMENTAL DE POLICIA - Aplicacion / JURISDICCION CONTEN-  
CIOSO-ADMINISTRATIVA / COMPETENCIA - Inexistencia / INMUEBLE  
RURAL - Inexistencia**

**El Código Departamental de Policía del Valle del Cauca regula de diversas maneras lo relativo a la protección policiva. Primero, asegurando el derecho para obtener la protección de la posesión, a la tenencia y a las servidumbres (art. 246 y siguientes) y definiendo algunos conceptos, como los de posesión, tenencia y perturbación. Se trata, entonces, de resoluciones dictadas en un juicio civil de policía para reprimir una perturbación de la posesión, es decir, dentro de un proceso especialmente regulado por la ley. No estando acreditado que se trata de predio rural, no cabría explicar la excepción que el artículo 82 del C. C. A. hace el artículo 21, parágrafo único, inciso cuarto, de la Ley 30 de 1988, en cuanto preceptúa que “son susceptibles de las acciones contencioso-administrativas las providencias proferidas por las autoridades de policía en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales”.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*  
Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Juan Alberto Polo Figueroa*

Radicación número 3656

Referencia: Autoridades Municipales

Actora: Sociedad Urbanizaciones y Constructora La Betulia Ltda.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 24 de noviembre de 1995 proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante el cual se invalidó todo lo actuado dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la “Sociedad Urbanizaciones y Constructora La

## SECCION PRIMERA

Betulia Ltda.” contra las Resoluciones números 01 de enero 7 de 1993 y SG-073 de junio 9 de 1993, expedidas por la Inspectoría Permanente de Policía Municipal de Cali y por el Secretario de Gobierno Municipal de la misma ciudad.

### ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado la sociedad “Urbanizaciones y Constructora La Betulia Ltda.”, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho demandó las resoluciones prementadas, por las cuales se concedió protección policiva en favor de la sociedad “Ciudad Chipichape S.A.”, mediante la adopción de diversas medidas tendientes al mantenimiento del *statu quo*, dejando en libertad a las partes para dirimir ante la autoridad competente el derecho de dominio.

2. El actor fijó la competencia en el Tribunal Administrativo del Valle con el argumento de que los actos impugnados son de carácter administrativo proferidos dentro de una actuación eminentemente administrativa, además de que el procedimiento seguido no está regulado por la ley sino por una Ordenanza.

3. Notificada la demanda, la sociedad “Ciudad Chipichape S.A.” interpuso recurso de reposición contra el auto admisorio de la misma, arguyendo que las resoluciones acusadas estaban revestidas del carácter de cosa juzgada, en virtud de lo dispuesto por el artículo 298 del Código Departamental de Policía del Valle del Cauca y que la jurisdicción de lo contencioso administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por la ley.

Si bien el recurso fue rechazado, por improcedente, la sociedad opositora insistió en sus argumentos al contestar la demanda, con la proposición de la excepción de incompetencia del Tribunal, así como en el alegato de conclusión.

En sentido similar al contestar la demanda y en el alegato final se pronunció el municipio de Cali.

A su vez, el Procurador Judicial estimó, en su concepto de fondo, que la actuación adelantada por los funcionarios de Policía de Cali era claramente de carácter jurisdiccional y por esta razón solicitó “denegar las pretensiones por incompetencia de jurisdicción”.

4. Al entrar a decidir sobre el fondo de la cuestión, el Tribunal advirtió la presencia de una causal de nulidad, insaneable, consagrada en el numeral 1 del artículo 140 del C. de P. C., esto es, falta de jurisdicción.

### EL ACTO IMPUGNADO

Según viene reseñado, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca al observar que se daba una causal de invalidación del proceso, en proveído del 24 de noviembre de 1995 declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda.

A tal efecto tuvo en cuenta el artículo 351 del Código Departamental de Policía (Ordenanza 001 de julio 12 de 1990) que señala el contenido de la resolución que pone fin al procedimiento policivo, para afirmar que las resoluciones acusadas mantuvieron el statu quo entre las partes de este proceso, cuyo conflicto viene siendo tramitado dentro de un proceso posesorio ante la justicia ordinaria.

Consideró, asimismo, que de conformidad con el artículo 82 del C. C. A. la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no juzga las decisiones proferidas en juicios civiles o penales de policía regulados especialmente por las leyes.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

El recurrente admite que las decisiones tomadas por las autoridades de policía en juicios civiles de policía escapan al control jurisdiccional de lo contencioso administrativo, pero arguye que la actividad de policía es, por regla general, típicamente administrativa; y por ello, los juicios civiles de policía que no estén regulados por la ley deben someterse a dicho control.

Dentro de esa línea argumentativa afirma que en el caso bajo examen se está frente a actos típicamente administrativos proferidos por autoridades de policía en ejercicio de una actividad administrativa y no judicial, dentro de una actuación administrativa de protección policiva iniciada mediante querrela de parte.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

La lectura de las resoluciones acusadas y de las actuaciones surtidas previamente a su adopción permite establecer que fueron proferidas en virtud de querrela de la sociedad "Ciudad Chipichape S.A.", para detener una perturbación de la posesión.

El Código Departamental de Policía del Valle del Cauca regula de diversas maneras lo relativo a la protección policiva. Primero, asegurando el derecho para obtener la protección a la posesión, a la tenencia y a las servidumbres (arts. 246 y siguientes) y definiendo algunos conceptos, como los de posesión, tenencia y perturbación. Y luego, señalando el procedimiento para seguir para hacer efectiva esa protección.

Al efecto, el artículo 338 dispone:

"Procedimiento Civil de Policía. Este procedimiento se aplicará cuando se trate de resolver diferencias entre particulares, relacionadas con la posesión material o tenencia de bienes raíces o de derechos reales constitutivos en ellos. Por consiguiente, se sujetarán a este procedimiento la usurpación o la perturbación de la posesión material o tenencia de los bienes y derechos antedichos".

Se trata, entonces, de resoluciones dictadas en un juicio civil de policía para reprimir una perturbación de la posesión, es decir, dentro de un proceso especialmente regulado por la ley, sin que pueda sostenerse válidamente que este término se refiera

## SECCION PRIMERA

únicamente al concepto de ley formal, en la medida en que es la propia Constitución la que confiere a las Asambleas Departamentales *"Dictar normas de policía en todo aquello que no sea materia de disposición legal"* (art. 300 num. 8 C. P.).

Al respecto, téngase en cuenta que el Código Nacional de Policía en sus artículos 125 y 126 consagra la intervención de la policía "para evitar que se perturbe el derecho de posesión o mera tenencia que alguien tenga sobre un bien", permitiéndole adoptar medidas para su protección que "se mantendrán mientras el Juez no decida otra cosa" (art. 137), mas sin señalar procedimiento, por lo que el vacío para su tramitación se llena con las disposiciones correspondientes de los Códigos Departamentales de Policía por aplicación subsidiaria del artículo 127 del Decreto 522 de 1971, que establece "Las disposiciones contenidas en los reglamentos de policía local se aplicarán en cuanto no se opongan a lo establecido por la ley, por los decretos-ley o por los decretos que sobre policía dicte el Gobierno Nacional".

De suerte pues, que dictadas las resoluciones acusadas dentro de un juicio civil especialmente regulado, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede ejercer control de legalidad sobre las mismas, por estar expresamente excluidas de él por la ley.

Ahora bien, según la documentación aportada al proceso se puede determinar que el lote Chipichape, el mismo sobre el cual se adelanta el litigio, consta de una zona baja y una zona intermedia urbanizables y de una zona alta de montaña; y que el Concejo Municipal de Cali mediante Acuerdo número 014 del 3 de mayo de 1991, por medio del cual se adoptó el plan de desarrollo del municipio, declaró como área de desarrollo prioritario y/o construcción prioritaria, la zona plana de terreno y la parte del área intermedia urbanizable. Todo esto aunado a que las sociedades en conflicto tienen por objeto social, la una "desarrollar programas de vivienda unifamiliares y multifamiliares" (Urbanizaciones y Constructora La Betulia Ltda.) y la otra, la "ejecución de proyectos de construcción, remodelación, urbanización y parcelación de bienes inmuebles para vivienda" (Ciudad Chipichape S.A.), permite inferir que el área cuya posesión se disputa es de carácter urbano, comprendida dentro de los límites del perímetro urbano del municipio de Cali.

De este modo, no estando acreditado que se trata de predio rural, no cabría aplicar la excepción que al artículo 82 del C. C. A., hace el artículo 21, parágrafo único, inciso cuarto, de la Ley 30 de 1988, en cuanto preceptúa que *"Son susceptibles de las acciones contencioso-administrativas las providencias proferidas por las autoridades de policía en relación con el amparo y perturbación de la posesión de bienes inmuebles rurales"*.

Como corolario de lo expuesto, se confirmará la providencia recurrida.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera,

**RESUELVE:**

CONFIRMAR la providencia apelada.

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 21 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola*

## **SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA / SUSCRIPTORES / RESPONSABILIDAD OBJETIVA / ARRENDATARIO / LLAMAMIENTO EN GARANTIA**

La responsabilidad de los suscriptores o usuarios de los servicios de fluido eléctrico se ha considerado por esta corporación como de carácter objetivo. En lo que concierne a la solicitud de que se haga un pronunciamiento sobre la sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., en razón a que fue citada al proceso y es a quien debió sancionar la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá por cuanto había obtenido aprobación preliminar para el aumento de carga en el inmueble de propiedad del actor, la Sala hace notar al apelante que de conformidad con el artículo 30 de la Resolución número 2360 de 1979, “por el 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, los suscriptores son responsables por el pago de los servicios y de otros cargos.

## **INEPTA DEMANDA - Inexistencia / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO / SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO**

Basta con que el actor haya alegado en la demanda la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo respecto de los recursos interpuestos contra la Resolución número 1506 de 1990, para que, con base en su demostración, la cual se encuentra debidamente acreditada en el proceso, el juez administrativo pueda estimar impetrada la nulidad de dicho acto presunto y emprenda el estudio de fondo del asunto sometido a su consideración.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*

Referencia: Expediente número 3467

Actor: *Miguel Lara Zambrano*

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 12 de julio de 1995.

## I. ANTECEDENTES

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

El ciudadano Miguel Lara Zambrano, por intermedio de apoderado, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 85 del C.C.A., solicitó al Tribunal Administrativo de Cundinamarca se hiciesen las siguientes declaraciones:

a) “Se ha producido el fenómeno del Silencio Administrativo Negativo, por parte de la Empresa de Energía de Bogotá, en cuanto a los recursos de reposición y subsidario de apelación interpuestos en tiempo contra la Resolución número 1506 de junio 23 de 1990 que se notificó personalmente a Miguel Lara Zambrano el 19 de julio del mismo año, por no haberse producido notificación de una decisión expresa sobre ellos hasta la fecha de presentación de esta demanda”.

b) “Es nulo el acto administrativo contenido en la Resolución número 1506 del 21 de junio de 1990, por medio de la cual se impone una sanción pecuniaria por fraude a Miguel Lara Zambrano, suscriptor del servicio de energía del inmueble número 25-48 de la Calle 10 Sur de Bogotá, en cuantía de dos millones doscientos sesenta y ocho mil sesenta y ocho pesos (\$2.268.068.00) m/cte. proferida por el Jefe de la División de Suscriptores Zona Urbana de la Empresa de Energía de Bogotá”.

c) “Como consecuencia de la declaratoria de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se declare que Miguel Lara Zambrano... (...) ... no está obligado al pago de la sanción impuesta por la empresa oficial demandada”.

### b. El acto acusado

La Resolución número 1506 de 21 de junio de 1990, “por medio de la cual se impone una sanción pecuniaria por fraude”, se expidió por el Jefe de la Sección de Suscriptores Zona Urbana de la Empresa de Energía de Bogotá, “en uso de sus facultades legales y reglamentarias y en especial de las que le otorgan el Decreto 1303 de junio 19 de 1989 y la Resolución Reglamentaria 045 de agosto 9 de 1989 de la honorable Junta Reglamentaria 045 de agosto 9 de 1989 de la Honorable Junta Directiva de la Empresa de Energía de Bogotá y demás normas concordantes”, y previas consideraciones, entre ellas, “que el suscriptor es responsable de las obligaciones que frente a la empresa se generan como consecuencia del servicio suministrado al predio ubicado en la Calle 10 Sur N° 25-48 de Bogotá... (...) ...al cual le corresponde el Contador N° 4120750 de 3 x 20 amperios”; que en visita efectuada al inmueble el día 18 de octubre de 1989, practicada por funcionarios de la Sección Programación Te-

## SECCION PRIMERA

rrenos Zona Urbana como consta en el Acta de 18 de octubre de 1989, atendida por el señor Miguel Lara Zambrano, se estableció la siguiente anomalía: tres sellos rotos y pegados a la caja verificadora, no registra por la fase "S", "que los valores a pagar por el fraude de acuerdo con lo detectado en la visita antes mencionada y en concordancia con lo previsto en la Resolución Reglamentaria 045 de 9 de agosto de 1989..." arrojan un total de \$2.268.068, se resolvió sancionar al indicado inmueble, "...cobrando al suscriptor responsable de las obligaciones frente a la Empresa, el servicio suministrado y no facturado y demás conceptos (art. 1º), se dispuso que de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva y en la hoja del cálculo adjunta a la Resolución, los valores a cobrar corresponden a la suma de \$2.268.068 (art. 2º), se indicó que contra ella procedían los recursos de reposición y de apelación dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su notificación personal (art. 3º) y se señaló la fecha de su vigencia (art. 4º).

### c) Los hechos de la demanda

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 18 a 20 cdno. ppal.):

La resolución acusada se fundamenta en que de acuerdo con la visita efectuada al inmueble de propiedad del demandante el 18 de octubre de 1989 por parte de funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá, se estableció que el contador allí instalado presentaba sellos rotos y que "... en dicho inmueble aparecía una carga instalada de 49,25 KW y que la carga contratada era únicamente de 9.0 KW, lo cual arrojaba una diferencia contractual que permitía una facturación bimestral de 899 KW cuando el cálculo de consumo bimestral era de 7.991 KW para una diferencia de 7.092 KW que debía pagarse a la Empresa y no se hizo".

En el indicado acto no se da razón de los métodos científicos, técnicos o "empíricos" con base en los cuales se calculó un supuesto consumo adicional de 7.092 kilovatios hora bimestrales, ni estableció responsabilidades en la ruptura de los sellos. No es posible calcular dicho consumo, "... cuando no se tienen elementos de juicio idóneos, como son los objetos o elementos originadores del presunto consumo, y la resolución no da cuenta de medición alguna sobre tales elementos u objetos para llegar a determinar que en verdad el consumo fue efectivo".

El acto acusado se profirió sin tener como base un pliego de cargos formulado al demandante, sino en apreciaciones subjetivas de presuntos funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá.

Como quiera que desde el 1º de octubre de 1988 el actor tenía arrendado su inmueble a la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., ello indica que cuando se practicó la visita el 18 de octubre de 1989, desde hacía un año funcionaba allí la empresa y sus maquinarias y equipos, presuntamente consumidores de energía, estaban a la mano de los funcionarios visitantes. Sin embargo, el acto acusado no se refiere al consumo que hubieren podido generar dichas maquinarias o equipos, sino que se limita a realizar cálculos de consumo sin base cierta y sólo promediando consumos anteriores.

Además, si desde el 28 de febrero de 1989 dicha sociedad había obtenido a su nombre la aprobación preliminar número 72831 por parte de la Empresa de Energía de Bogotá para aumentar en 20 KW la carga instalada y quedar con un total de 29 KW, ello quiere decir que cuando se realizó la mencionada visita dicha Empresa se había entendido con persona diferente al suscriptor.

d. Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El apoderado judicial del actor invoca como violados los artículos 23 y 29 de la Carta Política, 60, 63, 82, 83, 84, 85, 135 y 206 del Código Contencioso Administrativo, y el “Decreto 1303 de junio 19 de 1989”, por las razones que, expresadas en la demanda, se sintetizan a continuación (fls. 20 a 21 cdno. ppal.):

Para sancionar al actor, la Empresa de Energía de Bogotá debió haberle formulado cargos, darle la oportunidad, de rendir sus descargos, y una vez realizado un juicio de valor, producir una resolución. Como ello no ocurrió así, se violó, el artículo 29 de la Carta Política, porque se concentró un poder exorbitante en este ente administrativo sin oír a su administrado, y, en consecuencia, se le negó el derecho a formular respetuosas peticiones en su defensa, con detrimento del artículo 23 *ibidem*. De igual manera, las anomalías que detectaron durante la práctica de la visita “... no se trasladaron a persona alguna, sino que fueron objeto de valoración privada de la Energía, sin permitir defensa alguna al suscriptor”.

Además de lo anterior, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá está aceptando peticiones de personas diferentes al suscriptor que está autorizando, con aprobación preliminar, aumentos de carga en el mismo inmueble, y es allí donde se presenta el problema mayor, porque sí en el trámite, no se autoriza instalación de carga mayor y se hace, es el usuario (arrendatario) el único llamado a responder a la Empresa de Energía, y no el suscriptor propietario del inmueble.

e. Las razones de la defensa

Ellas pueden resumirse de la siguiente manera, consignadas en el escrito de contestación de la demanda (fls. 67 a 87 Cdno. Ppal.):

La visita que se practicó el 18 de octubre de 1989 al inmueble de la Calle 10 Sur N° 25-48 fue autorizada y atendida personalmente por el hoy demandante en este proceso, como consta en la correspondiente Acta de visita y retiro del contador allí instalado y a quien se le entregó copia de la misma. Por lo tanto no es válido afirmar en la demanda que el actor desconocía la actuación y el objeto de la misma.

La detección de una carga instalada de 49.25 KW en el referido inmueble se estableció con el aforo que se llevó a cabo el 25 de septiembre de 1989, y las anomalías que se detectaron durante la práctica de la visita están consagradas como fraudulentas en el Decreto 1303 de 1989 y en la Resolución Reglamentaria 045 del mismo año.

## SECCION PRIMERA

Como quiera que según el artículo 30 de la Resolución 2360 de 1979, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, “El suministro de servicio de energía se entiende prestado al inmueble respectivo, (y) en tal sentido, los suscriptores serán responsables del pago de los servicios y de otros cargos”, de ello resulta que la Empresa de Energía nada tiene que ver en relación con el contrato de arrendamiento suscrito entre el demandante y la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., y ello no exime de responsabilidad al suscriptor del servicio.

En cuanto a la autorización preliminar referida por el demandante, se hace notar que se hizo un estudio de la solicitud como obra dentro de las diligencias, “... solicitud que puede hacer cualquier usuario del servicio, pero precisamente, por no reunir los requisitos exigidos pues nunca fueron llenados por el usuario, no se llevó a cabo su ejecución ... ( ... ) ... lo primero lo puede solicitar el usuario, como se hizo, lo segundo sólo el suscriptor o el usuario con autorización del propietario, esto no se hizo. La prueba es que en la última factura de cobro figura como carga contratada 9 y no 29 que fue lo que se pretendía solicitar, pero por la falta de requisitos no se otorgó la preliminar”.

En suma, con las conductas desplegadas en la época de la detección de las anomalías, se infringieron, entre otras, las siguientes disposiciones:

– Con la ruptura de los sellos y pegado de los mismos: artículo 29 literal d) del Decreto 1303 de 1989 y artículo 27 de la Resolución 045 del mismo año, expedida por la Junta Directiva de la Empresa demandada.

– Con el no registro de la fase “S”: el artículo 20 literal c) del Decreto 1303 de 1989 y el artículo 28 de la indicada Resolución 045 de 1989.

– Con el aumento de carga por encima de la contratada, sin autorización de la Empresa de Energía de Bogotá: los artículos 20 literal b) , 16 literal d) del Decreto 1303 de 1989 y el Reglamento de Servicios de la Empresa demandada.

Finalmente se propusieron las siguientes excepciones: “legalidad de las normas acusadas”, “ineptitud de la demanda por falta de explicación de algunos conceptos violados”, y “legitimidad de la actuación de la Empresa de Energía de Bogotá”.

### f. Los argumentos de la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda.

El auto admisorio de la demanda le fue notificado personalmente al representante legal de la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., como directamente interesada en las resultas del proceso, pero habida cuenta que el escrito de contestación de la demanda se presentó en forma extemporánea, la Sala se abstiene de hacer referencia a los argumentos en él consignados (fls. 137 a 139 cdno. ppal.).

### g. La actuación surtida

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

Por auto de 31 de enero de 1992 se dispuso que previamente a decidir sobre la admisión de la demanda el accionante prestará caución por la suma de \$2.270.000.00 por intermedio de una compañía de seguros, en los términos de los artículos 678 y 679 del C. de P. C. (fl. 27 cdno. ppal.).

Mediante providencia de 6 de julio de 1992 se admitió la demanda y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional del acto acusado (fls. 35 a 38 *ibidem*).

Mediante proveído visible a folios 152 a 153 del cuaderno principal se abrió el proceso a pruebas y se decretaron y/o denegaron las solicitudes por las partes.

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir su concepto, todos ellos guardaron silencio.

## II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Al desatar la controversia planteada, el tribunal *a quo* declaró no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada (1°); denegó las súplicas de la demanda (2°); dispuso que “la Empresa de Energía de Bogotá podrá hacer efectiva la caución prestada mediante póliza judicial número 219212 de la Compañía Seguros Atlas S.A. visible a folio 29 y el Certificado de Modificación que obra a folios 33” (3°); aceptó la renuncia del doctor Hermes Martínez Rodríguez como apoderado de la parte demandada y, en su lugar, reconoció personería al doctor Carlos Arturo Castañeda (4°), con fundamento en las razones que se sintetizan a continuación (fls. 169 a 189 cdno. ppal.):

En cuanto a las excepciones de legalidad de las normas acusadas y de legitimidad de las actuaciones de la Empresa de Energía, el tribunal, *a quo* consideró que ellas “... no pueden prosperar porque no reúnen los requisitos como tales, toda vez que no señalan hechos impeditivos o extintivos que demostrados extingan los efectos jurídicos de los hechos para apreciarlos como una excepción, pues, en la forma como se plantea se trata de una defensa, en la medida en que está negando el derecho alegado por el actor”.

En lo que respecta a la excepción de ineptitud de la demanda por falta de explicación de algunos conceptos violados, “tampoco prospera pues la circunstancia de que no expresó los motivos por los cuales algunas normas que citó como violadas las consideró infringidas no implica que la Sala se abstenga de pronunciarse sobre las que sí analizó”.

Frente al cargo de violación del artículo 23 de la Carta Política, “... la Sala advierte que el accionante confunde el derecho de petición ... (...) con las actuaciones administrativas propiamente dichas, como la que adelantó la Empresa de Energía de Bogotá al encontrar una anomalía en el inmueble sancionado”.

A pesar de que el actor cita como violado el artículo 29 de la Carta Política sobre el debido proceso y el derecho de defensa, pero no señala las normas legales que lo

## SECCION PRIMERA

desarrollan y que pudiesen resultar desconocidas por el acto acusado, el tribunal estima que, al parecer, se refiere al Decreto 1303 de 1989, en el cual se establece el régimen de suspensiones del servicio de energía eléctrica y las sanciones pecuniarias por el uso no autorizado o fraudulento del mismo, y considera que tanto a éste como a la Resolución 045 de 1989 expedida por la Junta Directiva de la Empresa de Energía de Bogotá se les dio estricto cumplimiento.

Se señala que conforme a los artículos 67 y 69 del Reglamento de Servicios de la Empresa demandada, y el artículo 33 de la Resolución 2360 de 1979, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, el responsable de los equipos de medida es el suscriptor y el suministro de energía se entiende prestado al inmueble respectivo, Por ello, señalan las indicadas normas, los suscriptores serán responsables del pago de los servicios y de otros cargos.

De otra parte, considera el tribunal que con las irregularidades detectadas por los funcionarios de la Empresa de Energía de Bogotá en el caso de la visita efectuada al inmueble de propiedad del actor se infringieron las disposiciones que señala el apoderado judicial de dicha Empresa, y que los valores liquidados se ajustan a lo dispuesto en la mencionada Resolución 045 de 1989, que faculta para el cobro de los reintegros (energía consumida y no pagada, o servicio prestado y no facturado), en la forma y cuantía allí establecidos.

Finalmente se hace notar que desde el momento de la detección de las anomalías la Empresa puso en conocimiento las fallas encontradas a través del acta de retiro del contador, y que, en consecuencia, el demandante no desconocía la actuación.

### III. LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Ellos son, en resumen, los siguientes (fls. 6 a 8 cdno. N° 2):

El tribunal *a quo* no se pronunció sobre el hecho de que desde antes de la visita practicada al inmueble de propiedad del actor, la Empresa de Energía de Bogotá se entendía con la sociedad arrendataria del mismo, como quiera que el 28 de febrero de 1989 obtuvo aprobación preliminar para aumentar en 20 KW la carga instalada. "Esto quiere decir que la Empresa, sin contar con quien, por razones de reglamento debe en el futuro responder, atiende al no suscriptor y permite, así sea preliminarmente, que se presente un aumento de carga. Es que si la reglamentación de prestación del servicio eléctrico prevé sanciones al suscriptor, por el mal uso o fraude, sólo pueden tenerse en cuenta las conductas de ese suscriptor y no hacer extensiva su responsabilidad personal y patrimonial, por el mal uso o fraude de otro".

Precisamente, debido a que en la demanda se insistió en la relación anterior entre la Empresa de Energía de Bogotá y la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., fue que el tribunal la citó para que se hiciera parte en el proceso.

Lo anterior demuestra la inexistencia del debido proceso, pues antes de imponer una sancion debe oírse al inculgado.

Finalmente, como quiera que al proceso se citó a la mencionada sociedad, respecto de ella debe existir un pronunciamiento, pues, como ya se anotó, ... esta sociedad gestionaba a espaldas del suscriptor, un aumento de carga eléctrica y había obtenido aprobación preliminar, lo que implicaría que, cualquier fraude que se hubiese presentado, la responsabilidad de manera exclusiva radicaría en dicha entidad, con capacidad la Empresa de Energía para sancionarlo, sin necesidad de hacerlo con el suscriptor”.

Por lo anterior, el apelante solicita la revocatoria de los ordinales segundo y tercero de la sentencia de primera instancia y se accede a las súplicas de la demanda.

#### IV. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene, el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación manifiesta, en resumen, lo siguiente (fls. 15 a 19 cdno. N° 2):

Como quiera que el actor se limitó a demandar la nulidad de la Resolución número 1506 de 1990 mas no así el acto ficto o presunto que se configuró en virtud del silencio administrativo que produjo como efecto la decisión negativa de la administración frente a los recursos interpuestos contra dicha resolución, se presenta una ineptitud sustantiva de la demanda que impide un pronunciamiento de fondo, y, en consecuencia, el *a quo* debió proferir una sentencia inhibitoria.

Sin embargo, en caso de que la Sala no estime viable esta tesis, que como se sabe ha sido objeto de frecuentes controversias, y opte por un análisis de fondo, se considera que tampoco pueden prosperar las pretensiones del actor, por cuanto al expedir la Resolución número 1506 de 1990, impugnada, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá obró de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1303 de 1989, por medio del cual se reglamentó lo referente a fraudes, suspensiones y corte de servicio con su correspondiente régimen de sanciones, y en la Resolución número 045 de 1989, expedida por la Junta Directiva de dicha Empresa, por la cual se reglamentó el procedimiento para el agotamiento de la vía gubernativa para imponer sanciones en los eventos de intervención de los equipos de medida, otros cobros originados por conexiones ilegales, daños en los equipos de medida y por servicios prestados y no facturados.

En cuanto al argumento de la impugnación según el cual el cobro debió comprender a la sociedad arrendataria el inmueble de propiedad del actor, el apelante olvida que el artículo 14 del Decreto 1303 de 1989 dispone lo siguiente: “Responsable del pago: El suscriptor será el responsable de las obligaciones que, frente a la Entidad, se generen como consecuencia del servicio prestado a dicho inmueble”.

#### V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Debe la Sala, en primer término, pronunciarse sobre la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, planteada por el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación con el argumento de que el actor no sólo debió haber demandado la nulidad de la Resolución número 1506 de 1990, sino también la del acto ficto o presun-

## SECCION PRIMERA

to mediante el cual se resolvieron de manera negativa los recursos de reposición y subsidiario de apelación interpuestos contra la indicada resolución.

Sobre el particular la Sala considera que dicha excepción no está llamada a prosperar, pues, a su juicio, basta con que el actor haya alegado en la demanda la ocurrencia del fenómeno jurídico del silencio administrativo negativo respecto de los recursos interpuestos contra la Resolución número 1506 de 1990, para que, con base en su demostración, la cual se encuentra debidamente acreditada en el proceso, el juez administrativo pueda estimar impetrada la nulidad de dicho acto presunto y emprenda el estudio de fondo del asunto sometido a su consideración, como al efecto procedió el tribunal *a quo*.

En consecuencia, en la parte dispositiva de esta sentencia se declarará no probada la excepción propuesta por el señor Agente del Ministerio Público.

Ahora bien, la primera razón de inconformidad del apelante para con la sentencia de primera instancia radica en que el tribunal *a quo* omitió analizar el argumento de la demanda según el cual el aumento de carga detectado durante la visita que se llevó a cabo el 18 de octubre de 1989 en el inmueble de su propiedad se debió a la autorización preliminar que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá concedió el 28 de febrero del mismo año a la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., sin contar con la anuencia del demandante, suscriptor del servicio.

Al respecto la Sala considera que si bien es cierto que en la sentencia apelada no se analizó el mencionado argumento, ello en nada incide sobre la decisión de denegar las súplicas de la demanda, toda vez que la simple lectura de la "Preliminar Aprobada del Servicio de Energía" N° 72831 de 28 de febrero de 1989, obrante a folio 4 del cuaderno principal, pone en evidencia que tal "Aprobación Preliminar" en ningún momento implicaba un aumento automático de la carga de kilovatios asignada al inmueble del actor, sino la simple constancia de que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá "... está en condiciones de suministrar el servicio de energía eléctrica bajo los requisitos descritos al respaldo de esta solicitud en los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° ...", y los adicionales que allí se indican. De otra parte, la Sala hace notar que el actor no acompañó ni solicitó en la demanda la práctica de prueba alguna tendiente a demostrar que a la fecha en que se practicó la mencionada visita, la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá ya hubiese aprobado definitivamente el incremento de carga solicitado por la empresa arrendataria del inmueble de su propiedad.

Por lo que respecta al argumento según el cual el suscriptor servicio de energía sólo compromete su responsabilidad en la medida en que incurra en conductas violatorias de las reglamentaciones pertinentes, mas no cuando ellas sean atribuibles a otras personas, cabe señalar que la responsabilidad de los suscriptores o usuarios de los servicios de fluido eléctrico se ha considerado por esta Corporación como de carácter objetivo. Así lo concluyó esta Sección en sentencia de 11 de octubre de 1994 (Expediente No. 2761, Actor: Incubadora de Pollos Emperador, Consejero Ponente: Doctor Yesid Rojas Serrano), luego de transcribir el siguiente texto doctrinal:

“El aspecto revolucionario de la tesis de Josserand radica, en que, según ella, siempre que en la producción de un daño interviene alguna cosa (que no sea un animal o un inmueble) estaremos frente a la aplicación del artículo 1384 del Código Civil Francés, y por ende, el damnificado no se verá obligado a probar la culpa del ofensor para obtener la correspondiente indemnización. Nos encontraremos entonces en presencia de la responsabilidad que incumbe al guardián de una cosa, cuya responsabilidad se establece por el solo hecho de que la víctima pruebe la relación de causa a efecto entre el hecho de esa cosa y el daño que en virtud de ella ha sufrido”. (Peirano Facio, Jorge. Responsabilidad Extracontractual, 3ª. Ed. Bogotá, Temis, 1981).

“La teoría objetiva se apoya en razones de justicia, más justa y equitativa que la tesis de la culpa. Resulta imposible en la generalidad de los casos justificar la culpa del agente, ya se deba a motivos de carácter probatorio, o a que el daño posee una causa propiamente desconocida. En tal situación –se dice– resulta totalmente injusto el perjuicio de la víctima. La incidencia de los daños –dice Josserand– no puede quedar librada al destino o al azar; la incidencia fortuita del perjuicio no puede ser mantenida definitivamente sin justicia”. (Josserand. Cours T2, pág. 215, N° 416) (Person et DE VILLE Traité. T. 1, pág. 13, N° 41).

“El responsable es el ‘guardián’ de la cosa, dice nuestra jurisprudencia. En este aspecto es donde más se nota la influencia de la jurisprudencia francesa puesto que allá la norma ha determinado la guardianía como elemento esencial. Entre nosotros no. Ya indicamos que la guardianía es un requisito que la legislación francesa exige para la responsabilidad en el hecho de los animales y que le sirvió para aplicarla a la responsabilidad por el hecho de las cosas, ya que aquellos también son cosas, pero en Colombia el artículo 2353 fija la responsabilidad del hecho de los animales en el dueño o propietario, luego la presunción de responsabilidad es contra el dueño, quien generalmente es el guardián jurídico. En igual forma el artículo 2350 fija la responsabilidad en el propietario o dueño. Sin embargo, nuestra jurisprudencia ha determinado que el responsable es el guardián de la cosa. Pero no ha sido consecuente en la calidad de guardián. En una época responsabilizó al guardián jurídico, al propietario. Ultimamente ha responsabilizado al guardián material, es decir, al tenedor. Y ha admitido que el propietario se presume guardián mientras no demuestre que la guardia, cuidado y vigilancia de la cosa está en poder de otra persona. Creemos sinceramente que la responsabilidad debe recaer sobre el propietario o titular del derecho de propiedad o dominio. Ante el perjudicado debe responder el titular del derecho de propiedad o guardián jurídico. Sólo que éste, dentro del mismo proceso, a través del llamamiento en garantía que contempla el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, o por fuera en otra acción, puede exigir al tenedor o guardián material, la responsabilidad que le corresponda con fundamento en el contrato celebrado en relación con la cosa o de acuerdo con la ley. Pero no se puede desvincular al propietario o guardián jurídico para obligar al perjudicado a vincular al guardián material, a

## SECCION PRIMERA

quien muchas veces no se conoce porque los contratos entre el guardián jurídico y el guardián material pueden ser privados sin necesidad de estar registrados en ninguna oficina jurídica" (La Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, de Gilberto Martínez Ravel).

Por último, en lo que concierne a la solicitud de que se haga un pronunciamiento sobre la Sociedad Espárragos y Accesorios de Colombia Ltda., en razón a que fue citada al proceso y es a quien debió sancionar la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá por cuanto había obtenido aprobación preliminar para el aumento de carga en el inmueble de propiedad del actor, la Sala no sólo se remite a lo anteriormente expresado, sino que hace notar el apelante que de conformidad con el artículo 30 de la Resolución número 2360 de 1979, "por el 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, los suscriptores son los responsables del pago de los servicios y de otros cargos.

Los razonamientos que anteceden llevan a la Sala a confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte dispositiva de esta providencia.

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

### FALLA:

Primero. DECLARASE NO PROBADA la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda.

Segundo. CONFIRMASE la sentencia recurrida en apelación, proferida por la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 12 de julio de 1995.

Tercero. 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 la segunda instancia.

Cuarto. 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 veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y seis.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración de la jurisprudencia de la sentencia del 11 de octubre de 1994. Expediente 2761; C. P. Doctor. Yesid Rojas Serrano. Actor. Incubadora de Pollos Emperador.

**CONTRALORIA LOCAL / CARRERA ADMINISTRATIVA / COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL / COMPETENCIA - Inexistencia**

**Para la Sala es a todas luces evidente que si en virtud de lo dispuesto por los artículos 130 de la Carta Política y 14 inciso primero de la Ley 27 de 1992, la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para administrar y vigilar las carreras administrativas especiales a que se alude en el inciso 2° del artículo 2° de la indicada ley, menos aún podía delegar mediante el acto acusado en las comisiones seccionales esa función de la que carecía, esto es, la de vigilar el cumplimiento de las normas de la carrera aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las Contralorías departamentales, distritales diferentes al Distrito Capital y municipales, por lo cual se incurrió en la violación de las mencionadas disposiciones de orden constitucional y legal.**

*Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis.

Consejero Ponente: Doctor *Libardo Rodríguez Rodríguez*.

Radicación número 3482.

Referencia: Expediente número 3482.

Actor: Uriel Alberto Amaya Olaya.

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 Uriel Alberto Amaya Olaya en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del C.C.A., con la finalidad de obtener la declaratoria de nulidad parcial del numeral 1 del artículo 1° del Acuerdo número 004 de 23 de agosto de 1993, “por el cual se delegan unas funciones en las Comisiones Seccionales del Servicio Civil y se dictan otras disposiciones”, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

## SECCION PRIMERA

### I. ANTECEDENTES

#### a) El acto acusado

A continuación se transcribe el texto íntegro del numeral 1° del artículo 1° del Acuerdo número 004 de 1993, subrayando en él la expresión cuya declaratoria de nulidad se impetra:

“Artículo 1°. Delegar en las Comisiones Seccionales del Servicio Civil las funciones de:

“1. Vigilar el cumplimiento de las normas de carrera aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las entidades u organismos de los niveles departamental, distrital diferentes al Distrito Capital, municipal y sus entes descentralizados, en las Asambleas Departamentales, en los Concejos Municipales y Distritales, con excepción de las unidades de apoyo que requieran los diputados y concejales, en las Juntas Administradoras Locales, en las Contralorías departamentales, distritales diferentes al Distrito Capital, municipales. Auditorías y/o Revisorías Especiales de sus entidades descentralizadas y en las personerías”.

#### b) Las normas presuntamente violadas y el concepto de violación

El demandante considera que la expresión acusada vulnera los artículos 130 de la Carta Política y 14 inciso primero de la Ley 27 de 1992, pues mientras que tales disposiciones exceptúan de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de las carreras administrativas de los servidores públicos que tengan carácter especial, como lo tienen las de la Contraloría General de la República y las de las Contralorías departamentales, distritales y municipales por mandato del artículo 268-10 de la Carta Política y del artículo 2° inciso segundo de la citada Ley 27 de 1992, mediante el acto acusado la Comisión Nacional del Servicio Civil se autoatribuye dichas funciones para delegarlas en las Comisiones Seccionales.

De otra parte, se hace notar que el citado artículo 2° inciso 2° de la Ley 27 de 1992, extendió la aplicación de sus disposiciones a las Contralorías departamentales, distritales y municipales, y que tal norma fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia número C-391 de 16 de septiembre de 1993, algunos de cuyos apartes se transcriben en el escrito de demanda.

Añade el actor que en fecha 6 de abril de 1995 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero doctor Humberto Mora Osejo, Radicación número 683, absolvió una consulta formulada por el Ministro de Gobierno en el sentido de si la referida Comisión tiene competencia para administrar y vigilar las carreras de las contralorías, y sobre el particular puntualizó, entre otros aspectos, que “la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para administrar las carreras especiales que establezcan la Constitución y la ley porque el artículo 130 de la Constitución Nacional expresamente le denegó esa atribución. Entre las carreras especiales se cuentan las de las contralorías a que se refiere la consulta”.

c) Las razones de la defensa

La parte demandada, Nación - Comisión Nacional del Servicio Civil, representada por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, no concurrió al proceso, a pesar de que el auto admisorio de la demanda le fue debidamente notificado a dicho funcionario en su calidad de Presidente de la Comisión.

d) La actuación surtida

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

Mediante providencia de 10 de noviembre de 1995 se admitió la demanda instaurada contra la parte demandada del numeral 1 del artículo 1° del Acuerdo número 004 de 23 de agosto de 1993, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil; se dispuso el rechazo de la misma en cuanto a la solicitud de declaratoria de nulidad parcial de la Circular Externa número 5000-14 de 3 de agosto de 1995, expedida por el mismo organismo, bajo la consideración de que ella no contiene una decisión y no constituye, por lo tanto, un acto administrativo susceptible de ser enjuiciado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues en esencia se remite a lo dispuesto en el citado Acuerdo, en el sentido de que "... la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de las Comisiones Seccionales del Servicio Civil, por delegación que aquella les hiciera, continuarán ejerciendo dichas funciones respecto de las contralorías departamentales, distritales y municipales"; y se denegó la solicitud de decretar la suspensión provisional de la expresión demandada del numeral 1 del artículo 1° del citado Acuerdo número 004 de 1993 (fls. 28 a 36).

Dentro del término de traslado a las partes para alegar de conclusión y al Agente del Ministerio Público para rendir su concepto, sólo este último presentó el escrito que obra a folios 126 a 130.

## II. EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

En el escrito que lo contiene, el señor Procurador Primero Delegado ante esta Corporación, previa referencia al contenido de los artículos 272 inciso sexto y 268 numeral 10 de la Carta Política, manifiesta que corresponde a la ley establecer los regímenes especiales de carrera administrativa, lo que no obsta para que mientras se expide la correspondiente ley se aplique la ley general sobre carrera administrativa, hoy Ley 27 de 1992, en los términos y alcance definidos por la Corte Constitucional en Sentencia C-391 de septiembre 6 de 1993.

De otra parte, considera que si bien el numeral 1 del artículo 1° del Acuerdo número 004 de 1993 se expidió con fundamento en el artículo 14 literal g) de la Ley 27 de 1992, en lo relativo a las contralorías departamentales, distritales diferentes del Distrito Capital, y municipales, desconoció en forma evidente el inciso primero de la misma norma indicada, puesto que en él se excluye de la competencia de administra-

## SECCION PRIMERA

ción y vigilancia atribuida a la Comisión Nacional del Servicio Civil a los empleados del Estado que tienen un régimen especial de carrera, entre ellos, la Contraloría General de la República, de conformidad con el artículo 268 numeral 10 de la Carta Política, y las contralorías departamentales, distritales distintas al Distrito Capital, y municipales de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 272 inciso sexto ibídem.

Por lo anterior, estima que las pretensiones del actor están llamadas a prosperar, pues la Comisión Nacional de Servicio Civil excedió su competencia al delegar en las Comisiones Seccionales la vigilancia de las normas de carrera aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las contralorías de los mencionados entes territoriales.

### III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como marco de referencia para el estudio de las acusaciones formuladas en la demanda, la Sala precisa los siguientes aspectos:

1. El artículo 125 de la Constitución Política de 1991 estableció la carrera administrativa para los empleos de los órganos y entidades del Estado, tanto del orden nacional como territorial, y en su artículo 130 previó la existencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, como organismo responsable de la administración y vigilancia de las carreras administrativas de los servidores públicos, “excepción hecha de las que tengan carácter especial”.

2. En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo transitorio 21 del ordenamiento constitucional, el Congreso de la República expidió la Ley 27 de 1992, “por la cual se desarrolla el artículo 125 de la Constitución Política, se expiden normas sobre administración de personal al servicio del Estado, se otorgan unas facultades y se dictan otras disposiciones”, y en su artículo 14 se exceptúa de la competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil la administración y vigilancia de las carreras administrativas de los empleados del Estado “... que tengan carácter especial”, como dispone el artículo 130 de la Carta Política.

3. El inciso segundo del artículo 2° de la citada Ley 27 de 1992 es del siguiente tenor:

“Mientras se expiden las normas sobre administración de personal de las entidades y organismos con sistemas especiales de carrera señalados en la Constitución, que carecen de ellas, de las Contralorías departamentales, distritales diferentes al Distrito Capital, municipales, Auditorías y/o Revisorías Especiales de sus entidades descentralizadas, y de las personerías, les serán aplicables las disposiciones contenidas en la presente ley”.

4. Mediante Sentencia C-391 de 16 de septiembre de 1993, la honorable Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado doctor José Gregorio Hernández Galindo, declaró exequible, entre otras normas, la disposición transcrita en el ordinal precedente. Dentro de las consideraciones allí plasmadas cabe resaltar las siguientes:

“La Constitución ha previsto en diferentes normas la creación de regímenes especiales de carrera para ciertas entidades: la Contraloría General de la República (artículo 268, numeral 10), la Procuraduría General de la Nación (artículo 279), la Rama Judicial (artículo 256, numeral 1), la Fiscalía General de la Nación (artículo 253), las Fuerzas Militares (artículo 217), la Policía Nacional (artículo 218).

“En todos estos casos, la atribución de dictar las normas correspondientes ha sido dejada por el Constituyente, de manera expresa, en cabeza de la ley.

“Que la Carta Política haya contemplado tales regímenes, algunos de los cuales no se han establecido todavía, no quiere decir que el legislador carezca de facultad constitucional para desarrollar los principios básicos plasmados en el artículo 125 de la Constitución por vía general de manera permanente para los empleos sujetos al régimen ordinario y transitorio –mientras se dictan los estatutos especiales, como con claridad lo anuncia el artículo 2º acusado– para aquellos que requieren, según las normas constitucionales, legislación especial.

“No puede admitirse, entonces, que por el hecho de haberse previsto transitoriamente unas disposiciones aplicables a las contralorías departamentales, distritales y municipales, a las revisorías especiales de sus entidades descentralizadas y a las personerías, haya sido vulnerado el precepto constitucional que ordena al legislador establecer dichos regímenes especiales”.

5. En fecha 6 de abril de 1995 (Radicación N° 683), la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación absolvió la consulta que le formuló el Ministro de Gobierno sobre los siguientes puntos:

“ 7.1. Si la Comisión Nacional del Servicio Civil –o la Comisión Seccional respectiva por delegación– ¿tiene o no competencia para administrar las carreras administrativas especiales (como la de las Contralorías), conforme lo prevé el Acuerdo número 004 de 23 de agosto de 1993?

“ 7.2. En caso negativo, ¿cuál entidad del Estado es competente para vigilar el cumplimiento de las normas de carrera de la Contralorías territoriales - excepción hecha de la del Distrito Capital?

“ 7.3. En caso afirmativo, ¿bajo cuáles supuestos jurídicos adquiere esa competencia? ”.

Sobre cada uno de los aspectos consultados, la mencionada Sala respondió lo siguiente:

“1. La Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para administrar las carreras especiales que establezca la Constitución y la ley porque el artículo 130 de la Constitución Nacional expresamente le denegó esa atribución. El

## SECCION PRIMERA

artículo 14 inciso 1° de la Ley 27 de 1992 reitera esa disposición constitucional. Entre las carreras especiales se cuentan las de las contralorías a que se refiere la consulta.

“2. Corresponde a la ley regular las carreras especiales y determinar su administración y vigilancia. Mientras ello ocurre la vigilancia de las carreras compete al director o jefe de cada entidad.

“3. Si la Comisión Nacional del Servicio Civil asumiere la administración, la vigilancia y el control de las carreras administrativas especiales, infringiría los artículos 130 de la Constitución Nacional y 14, inciso 1° de la Ley 27 de 1992”.

6. Mediante comunicación número 00038 de 9 de enero de 1996 (fls. 43 a 45), y en respuesta a la solicitud de envío de los antecedentes administrativos del acto acusado, la Secretaría Ejecutiva de la Comisión Nacional del Servicio Civil se refiere, entre otros aspectos, al pronunciamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación a que se aludió en el ordinal precedente, luego de lo cual manifiesta lo siguiente:

“4. Teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales en relación con los organismos que deben estar regulados por carreras especiales y los pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto de la aplicación de la Ley 27 de 1992 a los empleados de las Contralorías del orden territorial, la Comisión Nacional del Servicio Civil se apartó del concepto antes citado, al no compartirlo, y a fin de poner fin a la confusión que se había generado, expidió la Circular número 5000-14 de 3 de agosto de 1995, en donde imparte instrucciones sobre la aplicación de las normas de carrera para aquellos empleados.

“Anexo a las presentes copias de las Sentencias Nos. C-391 de septiembre 16 de 1993, C-356 de agosto 11 de 1994, C-306 de julio 13 de 1995 y del Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil de abril 6 de 1995 radicado bajo el número 683”.

Se hace notar que las indicadas sentencias de la Corte Constitucional números C-356 de 1994 y C-306 de 1995 se refieren genéricamente a que el Constituyente autorizó la existencia de carreras administrativas especiales (art. 130 de la Carta política), y las sustrajo de la administración y vigilancia de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

Ahora bien, puntualizados los anteriores aspectos, y con base en ellos, la Sala considera y concluye lo siguiente:

a) Como quiera que el artículo 130 de la Carta Política asignó a la Comisión Nacional del Servicio Civil la función de administrar y vigilar las carreras administrativas de los empleados públicos, con excepción de las que tengan carácter especial, sin distinguos de ninguna naturaleza respecto de estas últimas, de ello resulta que por tales

deben entenderse aquellas a las cuales la Constitución y la ley les han atribuido tal carácter;

b) Si se tiene en cuenta que el inciso sexto del artículo 272 de la Constitución Política dispone 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... ibídem, y que esta norma consagra en su numeral 10 que a dicho funcionario corresponde “proveer mediante concurso público los empleos de su dependencia que haya creado la ley...”, la cual “... determinará un régimen especial de carrera administrativa para la selección, promoción y retiro de los funcionarios de la Contraloría...”, de ello se deriva la indefectible conclusión consistente en que de acuerdo con lo normado en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley 27 de 1992, las contralorías departamentales, distritales y municipales están sometidas a un régimen especial de carrera administrativa que deberá expedir el legislador, y que, por lo mismo, la administración y vigilancia “... de las mencionadas carreras especiales debe corresponder, por disposición legal a entidades distintas de la Comisión Nacional del Servicio Civil, porque el artículo 130 de la Constitución Nacional las excluyó de sus atribuciones”, como lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación en el concepto a que atrás se hizo referencia, y que la Sala prohija y adopta como fundamento de esta decisión;

c) De acuerdo con lo anterior, para la Sala es a todas luces evidente que si en virtud de lo dispuesto por los artículos 130 de la Carta Política y 14 inciso primero de la Ley 27 de 1992, la Comisión Nacional del Servicio Civil no tiene competencia para administrar y vigilar las carreras administrativas especiales a que se alude en el inciso segundo del artículo 2° de la indicada ley, menos aún podía delegar mediante el acto acusado en las Comisiones Seccionales esa función de la que carecía, esto es, la de vigilar el cumplimiento de las normas de carrera aplicables a los empleados del Estado que prestan sus servicios en las Contralorías Departamentales, Distritales diferentes al Distrito Capital y municipales, por lo cual se incurrió en violación de las mencionadas disposiciones de orden constitucional y legal, que impone la declaratoria de nulidad de la expresión “... Contralorías Departamentales, Distritales diferentes al Distrito Capital, Municipales...”, contenida en el numeral 1 del artículo 1° del Acuerdo N° 004 de 1993, como al efecto se procederá en la parte dispositiva de esta providencia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, oído el concepto del Agente del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

Primero. *Declárase* la nulidad de la expresión “... Contralorías Departamentales, Distritales diferentes al distrito Capital, Municipales...”, contenida en el numeral 1 del artículo 1 del Acuerdo N° 004 de 23 de agosto de 1993, expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil.

## SECCION PRIMERA

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 veintiuno de marzo de mil novecientos noventa y seis.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Menciona el concepto de la Sala de consulta del 6 de abril de 1995, radicación 683 y la sentencia de la honorable Corte Constitucional C-356 de 1994 y C-306 de 1995 sobre la incompetencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil para administrar y vigilar las carreras administrativas especiales y la sentencia C-391 del 16 de septiembre de 1993; Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo, sobre la exequibilidad del artículo 2º de la Ley 27 de 1992.

**INEPTA DEMANDA - Inexistencia / INDIVIDUALIZACION DEL ACTO - Alcances / RECURSO DE REPOSICION - Carácter potestativo / VIA GUBERNATIVA**

El recurso de reposición en la vía gubernativa es un recurso optativo pues el obligatorio de interponer es el de apelación, al tenor de lo preceptuado en el artículo 51 *in fine* del C.C.A. No obstante que al tenor de lo preceptuado en el artículo 138 inciso 3° *ibídem* deban demandarse el acto definitivo, así como aquellas que lo modifiquen o confirmen a través de los recursos de reposición y de apelación, para el evento de que en la demanda se omita impugnar el acto que decide el recurso de reposición, tal omisión no podría generar la ineptitud de la misma dado el carácter accesorio de dicho recurso cuando es confirmatorio del acto principal.

**PERMISO / LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO - Revocación / ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO**

El artículo 117 del Código Nacional de Policía consagra la obligatoriedad del permiso para el funcionamiento de los establecimientos de comercio y los artículos 15 a 18 *ibídem* regulan lo relativo a los requisitos que debe reunir el permiso, esto es, que debe constar por escrito, debe ser motivado, debe contener las condiciones de su caducidad, el funcionario que lo concede, el término del mismo y las causas de su revocación.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Primera.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Ernesto Rafael Ariza Muñoz*.

Radicación número 3603.

Referencia: Expediente número 3603. Recurso de apelación contra la sentencia de 25 de septiembre de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta.

## SECCION PRIMERA

Actora: Sociedad Flota La Macarena S.A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de la actora contra la sentencia de 25 de septiembre de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual se declaró inhabilitado para hacer un pronunciamiento de mérito por carencia del presupuesto procesal de demanda en forma.

### I. ANTECEDENTES

1.1. La Sociedad Flota La Macarena 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 del Meta tendiente a obtener que mediante sentencia se hicieran las siguientes declaraciones:

1.a) Es nula la Resolución número 02 de 16 de diciembre de 1991 "por medio de la cual se cancela una Licencia de Funcionamiento a Flota Macarena S.A.", expedida por el Secretario de Hacienda Municipal de Villavicencio.

2.a) Es nula la Resolución número 2055 de 30 de diciembre de 1991, "por medio de la cual se resuelve el Recurso de Apelación interpuesto por Flota Macarena S.A.", expedida por el Alcalde Mayor de Villavicencio.

3.a) Que como consecuencia de las declaraciones anteriores se restablezca en su derecho a la demandante declarándose que esta tiene derecho a mantener abierta al público la oficina de la calle 45 número 53-73 de Villavicencio, de conformidad con la licencia de funcionamiento número 03477, otorgada por la Secretaría de Hacienda del municipio de Villavicencio.

4.a) Se condene al citado municipio a pagar en favor de la actora por concepto de perjuicios, las siguientes sumas de dinero:

a) \$835.470.00, correspondiente a la adecuación y mobiliario comprado para la Oficina;

b) \$161.666.00, correspondiente al pago de los cánones de arrendamiento del local desde el 23 de diciembre de 1991 hasta el 31 de marzo de 1992;

c) \$872.997.00, correspondiente al pago de salarios y prestaciones de los tres empleados que atendían la Oficina, por el período comprendido entre el 23 de diciembre de 1991 y el 31 de marzo de 1993;

d) \$70.413.102.00, correspondiente a la venta de pasajes por el período comprendido entre el 23 de diciembre de 1991 y el 31 de marzo de 1992, teniendo en cuenta que estos fueron reajustados por el Ministerio de Obras Públicas a partir del 1° de enero de 1992 en un 14%;

e) La suma que resulte probada por concepto de pago de servicios públicos del local tomado en arrendamiento.

I.2. En apoyo de sus pretensiones adujo, en esencia, los siguientes cargos de violación:

1. Las resoluciones acusadas violan los artículos 28 y 74 del C.C.A. porque no se comunicó a la demandante la existencia de la actuación y el objeto de la misma.

2. La Administración Municipal de Villavicencio al impartir la orden a la Inspectora Sexta de Policía Municipal para que procediera al cierre de la oficina transgredió el artículo 64 *ibídem* ya que la Resolución número 02 de 16 de diciembre de 1991 no se hallaba en firme por haber sido impugnada a través de los recursos de reposición y de apelación.

3. Las resoluciones acusadas violan el artículo 73 del C.C.A. porque resolvieron revocar la situación jurídica, individual y concreta que le otorgó un derecho a la demandante, sin mediar su consentimiento expreso y escrito.

No podía la Administración encuadrar las resoluciones acusadas dentro de la excepción que trae el inciso 2° del citado artículo 73 porque ella se refiere a la revocación de actos de carácter particular y concreto "... cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

Ni siquiera en el lejano supuesto de que la actora hubiese adquirido la licencia mediante medios ilegales la Administración había podido cancelarla sin el consentimiento expreso y escrito de ella.

## II. LA SENTENCIA RECURRIDA

Para adoptar la decisión apelada, el *a quo* consideró que en el caso *sub judice* la actora no dio cumplimiento al artículo 138 inciso 3° del C.C.A ya que no demandó la Resolución número 03 de 26 de diciembre de 1991, que resolvió el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución número 02 acusada, lo cual permite concluir sin mayor esfuerzo que la demanda está viciada y necesariamente conduce a una decisión de carácter inhibitorio.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del actor señaló como motivos de inconformidad con el fallo apelado, en síntesis, los siguientes:

1. En este caso se demandó el acto principal y el confirmatorio, razón por la cual ningún objeto tiene demandar la resolución que mantuvo la decisión del funcionario que expidió el acto principal, ya que el acto que resuelve el recurso de reposición es secundario, es decir, es la continuación del acto principal y, por tanto, es totalmente accesorio.

2. La sentencia impugnada está en contraposición con la doctrina de la Sección Primera del Consejo de Estado plasmada en la sentencia de 28 de julio de 1980.

## SECCION PRIMERA

### IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

El recurso de reposición en la vía gubernativa es un recurso optativo pues el obligatorio de interponer es el de apelación, al tenor de lo preceptuado en el artículo 51 *in fine* del C.C.A.

El carácter potestativo de dicho recurso pone en evidencia que el acto que lo decide cuando es confirmatorio tiene un carácter eminentemente accesorio frente al acto que es objeto del mismo, esto es, frente al acto principal.

De ahí pues que no obstante que al tenor de lo preceptuado en el artículo 138 inciso 3° *ibídem* deban demandarse el acto definitivo, así como aquellos que lo modifiquen o confirmen a través de los recursos de reposición y de apelación, para el evento de que en la demanda se omita impugnar el acto que decide el recurso de reposición, tal omisión no podría generar la ineptitud de la misma dado el carácter accesorio de dicho recurso cuando es confirmatorio del acto principal.

No puede perderse de vista a este respecto que el acto administrativo principal como el que decide el recurso de apelación son los presupuestos básicos para que la vía gubernativa se entienda agotada en debida forma, amén de que la notificación del último es la que tiene incidencia para el cómputo del término de caducidad, esto es, para el ejercicio oportuno de la acción.

Las consideraciones precedentes justifican que la Sala rectifique la posición que en diversos pronunciamientos había venido adoptando en relación con el tema analizado.

En consecuencia, se impone hacer un estudio de fondo en el caso *sub examine*.

Según se lee en los considerandos de la Resolución número 02 de 16 de diciembre de 1991, la cancelación de la licencia de funcionamiento que se le había otorgado a la demandante para operar una oficina instalada en la calle 45 número 53-73 de la ciudad de Villavicencio, se dispuso por cuanto su expedición fue irregular al no haberse obtenido el concepto favorable de Planeación Municipal, de que trata el artículo 3° del Acuerdo número 061 de 1986, expedido por el Concejo Municipal de Villavicencio, y porque al haberse construido el terminal de transporte, para ordenar y planificar la ciudad, era necesario que todos los transportadores se ubicaran en las instalaciones del mismo y no algunos en la calle desordenando la ciudad y provocando un comportamiento similar en los demás miembros del gremio de transportadores.

Para la Sala el asunto relacionado con la concesión de permisos o licencias para el funcionamiento de establecimientos de comercio, cuya facultad de otorgamiento le corresponde a las autoridades locales, conforme a las prescripciones de los reglamentos de la misma índole, se enmarca dentro del ejercicio del poder de policía. Por ello, el artículo 117 del Código Nacional de Policía consagra la obligatoriedad del permiso para el funcionamiento de los establecimientos de comercio y los artículos 15 a 18 *ibídem* regulan lo relativo a los requisitos que debe reunir el permiso, esto es, que debe constar por escrito, debe ser motivado, debe contener las condiciones de su caducidad, el funcionario que lo concede, el término del mismo y las causas de su revocación.

Por su parte, el artículo 63 de la Ley 9ª de 1989 también prevé que las autoridades locales puedan expedir las licencias de uso y funcionamiento para los establecimientos comerciales, industriales, institucionales, administrativos y de servicios.

En relación con dicho permiso, esta corporación ha hecho las siguientes precisiones:

“...” el “permiso”, que la doctrina “perfila hoy como un acto de la administración...” y que el artículo 14 de nuestro Código Nacional de Policía establece, resulta ser eminentemente revocable o sometido a caducidad o a una especie de condición resolutoria, como se desprende de los artículos 16, 17 y 18 del Código citado, y según los cuales, el permiso debe expresar con claridad las condiciones de su caducidad (art. 16); la ley o el reglamento señalarán el término por el cual se otorga y las causas de su revocación (art. 17); la revocación compete por regla general a la misma autoridad administrativa que otorgó el permiso. Es decir, que la vigencia del permiso, sometida a las normas anteriores, constituye una negación a la posibilidad de que genere situaciones inmodificables o, como suele decirse impropriamente, derechos adquiridos no revocables sino en virtud de consentimiento expreso y escrito de su titular (C.C.A. art. 73). Esa condición se desprende también del artículo 15 del Código Nacional de Policía, ya que, cuando la ley o el reglamento subordine el ejercicio de una actividad a ciertas condiciones o al cumplimiento de ciertos requisitos, dicha actividad no podrá ejercerse sino mediante el correspondiente permiso otorgado previa la comprobación de aquellas o el cumplimiento de estos. Si condiciones y requisitos para el desempeño de una actividad se requieren al ser autorizada ésta, es obvio que al desaparecer unas u otros, la actividad dejó de enmarcarse en las posibilidades que permitieron su autorización y, por consiguiente, dejó también de ser legítima, cuestión que desde un principio estaba señalada como una especie de “regla de juego” para el ejercicio de la facultad...” (Sentencia de 9 de septiembre de 1988, Expediente número 689, Actor: Williamson Chahín Correa, Consejero Ponente, doctor Guillermo Benavides Melo).

“... Por lo demás, esas licencias de funcionamiento, o permisos están sometidos a un régimen propio, especificado en el Capítulo II del Código Nacional de Policía, artículos 14, 15, 16, 17 y 18 y de ellos, como acertadamente lo afirma el recurrente, ‘no puede predicarse que generen situaciones inmodificables por cuanto su concesión depende de que se den y mantengan las condiciones que lo justificaron’ ”.

Sería aberrante pensar, a manera de ejemplo, que para la suspensión o revocación de un permiso, medida provocada por la alteración del orden público o la necesidad urgente de proteger el interés general o porque las razones de la titularidad de la licencia pongan en peligro la seguridad y tranquilidad ciudadanas..., y el Alcalde, cumpliendo sus funciones policivas, tuviese que obtener “el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular”.

## SECCION PRIMERA

El Consejo de Estado, concretamente la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia que invoca la apelante, hizo suficiente claridad sobre la licencia o permiso que se confiere con base en los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 del Código Nacional de Policía el cual, según esta Sala resulta ser “eminentemente revocable”, diferenciándolo de la revocación a que alude el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo... (Sentencia de 3 de abril de 1992, Expediente número 1772. Actor: Elías Jaimes Castillo, Consejero ponente, doctor Yesid Rojas Serrano).

“... La vigilancia del ejercicio entre otras, de las actividades que se desarrollan en los establecimientos de comercio, industriales o de servicios, está en cabeza de las autoridades locales, pues a ellas la ley les ha conferido, como en este caso, la atribución de otorgar licencias de funcionamiento (artículos 63 a 65 de la Ley 9ª de 1989), que equivale a permitir el ejercicio de tales actividades y por ende a controlar y velar porque se adecuen a la Constitución, la ley y el reglamento.

Los Códigos Nacional y Distrital de Policía consagran una serie de disposiciones que deben tener en cuenta las autoridades locales en aras de preservar la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas. Tal es el caso de los artículos 117 del Código Nacional de Policía que prevé que los establecimientos comerciales requieren permiso para su funcionamiento que se otorgará en cada caso de acuerdo con las prescripciones señaladas en el reglamento; 208 ibídem que consagra como causales para el cierre de dichos establecimientos el quebrantar el cumplimiento del horario de servicio señalado en los reglamentos de policía y tolerar el dueño o administrador de aquéllos el consumo de estupefacientes; y 214 ibídem que establece como causal de suspensión de la licencia de funcionamiento el violar las condiciones de éstas...”.

“... La regulación de las actividades que se desarrollan en establecimientos de comercio, industriales y de servicios, es un asunto de competencia de las Asambleas y Concejos, en los aspectos no regulados por la Ley...”.

“... Prescribe el artículo 81 del C.C.A.:

“Procedimientos especiales.- En los asuntos departamentales y municipales, se aplicarán las disposiciones de la parte primera de este Código, salvo cuando las ordenanzas o los acuerdos establezcan reglas especiales en asuntos que sean de competencia de las asambleas y concejos”.

“Como las normas del C.C.A. previstas en la primera parte sólo tienen aplicación para la Nación y las entidades descentralizadas, pues en asuntos de competencia de las Asambleas y Concejos éstos pueden expedir normas diferentes, la Sala concluye que teniendo a su cargo las autoridades locales la facultad de vigilar el ejercicio de las actividades que se desarrollen en los establecimientos de comercio, industriales y de servicios y aplicar las normas para que tal ejercicio se adecue a la Constitución, la ley y el reglamento, podía el Alcalde Mayor de

Bogotá en virtud de la facultad de reglamentar lo concerniente a las licencias de funcionamiento que le fue otorgada... consagrar causales de revocatoria de los actos administrativos que conceden dichas licencias de funcionamiento, sin someterse a las prescripciones de la primera parte del C.C.A., de la cual hace parte el artículo 73" (Sentencia de 24 de febrero de 1994, Expediente número 2654, Actor: Ignacio Araújo Vélez, Consejero ponente, doctor Miguel González Rodríguez).

La Sala reitera en esta oportunidad los planteamientos antes reseñados, los cuales conducen a desestimar los cargos 1° y 3° de la demanda, que se fundamentan en la violación de los artículos 28, 73 y 74 del C.C.A., pues, como quedó precisado en las providencias transcritas, las normas de la primera parte del C.C.A. no se aplican a eventos como el que es objeto de estudio, por lo cual mal podrían resultar transgredidas tales disposiciones.

En lo que respecta al 2° cargo observa la Sala que el mismo va dirigido no contra los actos administrativos acusados sino contra el acto de ejecución de éstos: el que impartió la orden del cierre de la oficina de la demandante, sin estar en firme el acto principal. Dicho cargo no puede prosperar dado que no está referido a vicios intrínsecos de tales actos sino a su ejecución, controversia ésta que sólo se puede plantear a través de la acción de reparación directa y no por la que es objeto de este proceso.

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

### FALLA:

REVOCASE la sentencia apelada, y, en su lugar, se dispone: Deniégnanse las pretensiones de la demanda

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 de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 28 de marzo de 1996.

*Ernesto Rafael Ariza Muñoz, Presidente; Juan Alberto Polo Figueroa, Libardo Rodríguez Rodríguez, Manuel S. Urueta Ayola.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera lo dicho en la sentencia del 9 de septiembre de 1988. Exp. 689, C.P.: Doctor Guillermo Benavides Melo. Actor: Williamson Chahín Correa, del 3 de abril de 1992, Exp. 1772 C.P., doctor Yesid Rojas Serrano. Actor: Jaime Castillo y del 24 de febrero de 1994 Exp. 2654 C.P., doctor Miguel González Rodríguez. Actor: Ignacio Araújo Vélez.



**SECCION  
SEGUNDA**



**RETIRO DEL SERVICIO/ PLAN DE RETIRO COMPENSADO/ FUNCIONARIO DE CARRERA/ SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1660 - Efectos**

El decreto acusado reglamenta lo previsto en su numeral c) del artículo 4° del Decreto 1660 de 1991, por el cual se establecieron sistemas especiales de retiro del servicio público mediante compensación pecuniaria, conforme al cual precedía declarar la insubsistencia con indemnización de un funcionario perteneciente a la carrera administrativa, cuando el empleado o funcionario no satisficiera totalmente las necesidades o requerimientos técnicos del servicio. La Corte Constitucional en Sentencia número C-479 de 13 de agosto de 1992 declaró inexecutable en todas sus partes el Decreto 1660 de 1991 con el cual, según la demanda debía confrontarse el acto impugnado para establecer su legalidad. En consecuencia no es posible ahora tal confrontación, por haber desaparecido de la vida jurídica el decreto citado; pero si éste era citado a la constitución, lógicamente también la infringen los actos que en su desarrollo se expidieron, con el decreto que en este proceso se acusa. Sin necesidad de mayores análisis, la inexecutable del Decreto 1660 de 1991 es razón suficiente para anular el acto demandado.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Radicación número 7050.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Hernando Vicente Rodríguez Camacho.

El ciudadano Hernando Vicente Rodríguez Camacho, actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción pública de nulidad prevista en el artículo 84 del C. C. A., solicita a esta Corporación declarar la nulidad de las frases “a criterio del jefe del organismo” y “esta facultad en ningún caso podrá ser delegada por la autoridad

## SECCION SEGUNDA

*nominadora*”, contenidas en el artículo 1° del Decreto 2666 del 27 de noviembre de 1991, expedido por el Presidente de la República, por el cual se sustituyó el literal c) del artículo 3° del Decreto 2100 de 1991.

Expone el libelista que con base en lo dispuesto en el artículo 2° de la Ley 60 de 1991 que revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias por el término de 6 meses, contados a partir de su vigencia, entre otras cosas, para determinar las condiciones del retiro del servicio de los funcionarios, autorizándolo para establecer sistemas especiales de retiro mediante compensación pecuniaria, tales como la insubsistencia con indemnización y el retiro voluntario mediante bonificación para lo cual debía precisarse la naturaleza de esas figuras, los eventos y requisitos para su aplicación, el monto y condiciones de la indemnización o bonificación a pagar y el procedimiento para su reconocimiento, el Presidente de la República profirió el Decreto 1660 de 1991, en cuyo artículo 4° se reguló lo concerniente a la procedencia de la insubsistencia con indemnización en relación con el personal amparado por los derechos de carrera administrativa, prescribiendo en el literal c) que era viable declararla, cuando el empleado o funcionario no satisfacía totalmente las necesidades o requerimientos técnicos o administrativos del servicio, disposición que fue reglamentada inicialmente por el Decreto 2100 del 6 de septiembre de 1991, el cual fue sustituido por el Decreto 2666 de 27 de noviembre de 1991, norma cuya nulidad parcial se impetra, en cuanto, como se dijo, dejó a criterio del jefe del organismo, determinar el supuesto fáctico a que se hizo referencia, que viabilizaba la adopción de esa medida, y en cuanto señaló que esa facultad no era delegable.

El demandante estima que el Gobierno Nacional mediante el decreto impugnado extralimitó la potestad reglamentaria, toda vez que usurpó la competencia que constitucionalmente corresponde a otro órgano del Estado —el Congreso—, violando la norma que pretendía reglamentar, puesto que el legislador no dejó al criterio o albedrío del jefe del organismo la facultad de calificar cuándo un empleado o funcionario no satisfacía totalmente las necesidades o requerimientos técnicos o administrativos del servicio y al consagrar que en ningún caso ella podía ser delegada.

Cita como infringidos los artículos 6°, 113, 121, 125, 150 en su acápite general y en su ordinal 23, 189, ordinal 11 y 21 transitorio de la Constitución Política de 1991; el artículo 4° del Decreto 1660 de 1991 ordinal c) y el artículo 2° ordinal 1° de la Ley 60 de 1990, cuyo concepto de violación se edifica en el desbordamiento de la facultad reglamentaria a que se hizo referencia.

Mediante proveído fechado el 12 de agosto de 1992, se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto acusado (fls. 12 a 16).

La demanda fue corregida para ampliar la cita de las disposiciones violadas y el concepto de la violación, apoyándose en varios de los planteamientos de la Corte Constitucional expuestos en la sentencia que declaró inexecutable el Decreto 1660 de 1991 (fls. 22 a 25).

La aludida corrección fue admitida mediante auto del 16 de octubre de 1992, obrante a folio 28.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO**

El Procurador Cuarto delegado ante el Consejo de Estado, considera que el decreto demandado debe anularse, por ser violatorio de las normas constitucionales a que se hace referencia en la Sentencia número C-479 de 13 de agosto de 1992 de la Corte Constitucional, por la cual se declaró inexecutable el Decreto 1660 de 1991, o declararse inhibido por la inexistencia jurídica del mismo, en virtud de su extinción o decaimiento.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas estas

### **CONSIDERACIONES**

El actor pretende que se declare la nulidad parcial del Decreto 2666 del 27 de noviembre de 1991, expedido por el Presidente de la República, por medio del cual se sustituyó el literal c) del artículo 3° del Decreto 2100 del 6 de septiembre del mismo año, cuyo tenor literal, en tal virtud, quedó así:

“c) Cuando, a criterio del Jefe del Organismo, el empleado o funcionario no satisfaga totalmente las necesidades o requerimientos técnicos o administrativos del servicio. Esta facultad en ningún caso podrá ser delegada por la autoridad nominadora” (fl. 1).

El decreto acusado reglamenta lo previsto en el literal c) del artículo 4° del Decreto 1660 de 1991, por el cual se establecieron sistemas especiales de retiro del servicio público mediante compensación pecuniaria, conforme al cual procedía declarar la insubsistencia con indemnización de un funcionario perteneciente a la carrera administrativa, cuando el empleado o funcionario no satisficiera totalmente las necesidades o requerimientos técnicos del servicio.

La Corte Constitucional en Sentencia número C-479 del 13 de agosto de 1992 declaró inexecutable en todas sus partes el Decreto 1660 de 1991, con el cual, según la demanda debía confrontarse el acto impugnado para establecer su legalidad.

En consecuencia no es posible ahora tal confrontación, por haber desaparecido de la vida jurídica el decreto citado; pero si éste era contrario a la Constitución, lógicamente también la infringen los actos que en su desarrollo se expidieron, como el decreto que en este proceso se acusa.

Por consiguiente, sin necesidad de mayores análisis, la inexecutable del Decreto 1660 de 1991 es razón suficiente para anular el acto demandado.

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

## SECCION SEGUNDA

### FALLA:

DECLARASE la nulidad del artículo 1° del Decreto número 2666 de 1991, expedido por el Presidente de la República, por medio del cual se sustituyó el literal c) del artículo 3° del Decreto 2100 del 6 de septiembre de 1991.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 25 de enero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Jaime Ahumada Díaz, Conjuez; Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

## **INSCRIPCION EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA/ SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD - Efectos/ CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL NIVEL TERRITORIAL/ EMPLEO DE CARRERA ADMINISTRATIVA**

Si por virtud de la sentencia de inexequibilidad C-306 de 1995, cuyos efectos deben entenderse hacia el futuro por no indicar lo contrario la Corte, no tiene cabida la aplicación del primer inciso del artículo 22. Por cuanto es obvio que el tiempo allí previsto ya se cumplió, lo cierto es que la posibilidad del segundo sí tiene operancia, pues las únicas exigencias del legislador fueron que el empleado hubiere continuado al servicio de la entidad u organismo, y que ya poseyera los requisitos del cargo y los acreditara en debida forma. A la luz de este precepto entonces, el empleado que a la vigencia de la Ley 27 de 1992 se encontraba ocupando el cargo que hoy es de carrera y aún permanece en él, puede, si cumple los requisitos y así lo demuestra, solicitar su inscripción.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas*.

Radicación número 12689.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Jairo Villegas A.

En ejercicio de la acción pública de nulidad el ciudadano Jairo Villegas Arbeláez demanda parcialmente la Circular número 5000-13 de agosto 3 de 1995, expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante la cual se informó a quienes tienen a su cargo el manejo de la carrera administrativa en el nivel territorial, sobre los alcances de la Sentencia C-306 de julio 13 de 1995 de la Corte Constitucional.

### **SUSPENSION PROVISIONAL**

Solicita el accionante la suspensión provisional del acto acusado porque considera que viola la Constitución Política en su artículo 125 y el Decreto Reglamentario

## SECCION SEGUNDA

1950 de 1973 en su artículo 194; el Decreto Legislativo 2400 de 1968 en su artículo 44; el Decreto Reglamentario 256 de 1994 y la Ley 27 de 1992, normas que establecen como presupuesto jurídico y fáctico para la procedencia del concurso de ingreso que el empleo a ser provisto esté vacante

Expresa que los artículos 3° y 4° del Decreto Reglamentario 256 de 1994 regulan el nombramiento provisional para ingresar al servicio, mientras que la circular acusada contempla el nombramiento de quienes ya están desempeñando los empleos.

Agrega que los artículos 189 numerales 1° y 3°, 305 numerales 5° y 315 numeral 3° de la Constitución Política así como el artículo 26 del Decreto Legislativo 2400 de 1968, establecen como norma general la carrera para empleos de naturaleza técnica o administrativa y por vía excepcional la discrecionalidad para el nombramiento y remoción para empleos o funciones de naturaleza política o de gobierno y que no obstante lo anterior, la circular predica lo contrario, es decir, el manejo político o discrecional para empleos de carrera.

Por último dice que el artículo 22 de la Ley 27 de 1992 consagra el derecho a la inscripción extraordinaria en carrera, para quienes "llegaren a desempeñar cargos de carrera, en virtud de sentencia como es nuestro caso".

### PARA RESOLVER SE CONSIDERA

El actor impugna los siguientes apartes de la Circular 5000-13:

Los empleos definidos por la Ley 27 de 1992 como de libre nombramiento y remoción y cuya naturaleza jurídica cambió en virtud del pronunciamiento de la Corte Constitucional al considerarlos pertenecientes al sistema de carrera administrativa, deberán ser provistos mediante concurso, y quienes venían ocupándolos a través de nombramientos ordinarios adquieren el carácter de empleados con nombramiento provisional, cuyo término de duración empieza a contarse a partir del 26 de julio de 1995, fecha de ejecutoria de la Sentencia número C-306/95, sin perjuicio de que en cualquier momento, antes del vencimiento de la provisionalidad, pueda declararse insubsistente dicho nombramiento, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 107 del Decreto 1950 de 1973.

En consecuencia, los nominadores están en la obligación de convocar los respectivos concursos, de manera inmediata, y proveer los empleos con nombramientos en período de prueba con quienes ocupen el primer puesto en las correspondientes listas de elegibles.

4. Quienes a 29 de diciembre de 1992 se encontraban ocupando empleos que para dicha época eran de libre nombramiento y remoción y ahora, como consecuencia del fallo que se comenta son de carrera administrativa no tendrán derecho a la inscripción extraordinaria de que trata el artículo 22 de la Ley 27 de 1992.

Por tanto, no podrán prosperar ante las Comisiones del Servicio Civil las solicitudes de inscripción extraordinaria que formulen, con fundamento en el artículo 22 de la

Ley 27 de 1992, quienes se encuentren a la fecha desempeñando empleos que en virtud de la Sentencia número C-306/95 se convirtieron en cargos de carrera. Su ingreso, en la misma en dichos empleos, sólo podrá producirse en forma ordinaria, previo proceso de selección y superación del respectivo período de prueba.

Incluye además la frase de las “instrucciones que se imparte en esta circular”, contenida en el numeral 6° de la misma.

El artículo 22 de la Ley 27 de 1992 señala:

“De los requisitos para los empleos del nivel territorial. Al entrar en vigencia esta ley, los empleados del nivel territorial que por virtud de ella llegaren a desempeñar cargos de carrera administrativa de conformidad con las normas vigentes, deberán acreditar dentro del año siguiente, el cumplimiento de los requisitos señalados en los manuales para los respectivos cargos o en las equivalencias establecidas en el Decreto 583 de 1984, Ley 61 de 1987 y Decreto Reglamentario 573 de 1988.

Quienes no acrediten los requisitos dentro del término señalado, quedarán de libre nombramiento y remoción. No obstante, si tales empleados continúan al servicio de la entidad u organismo, podrán solicitar su inscripción cuando lleguen a poseer los requisitos del cargo y los acrediten en debida forma”.

La norma transcrita consagró para los empleados del nivel territorial, que al entrar en vigencia dicha ley y que por virtud de la misma llegaren a desempeñar cargos de carrera, la posibilidad de ser inscritos en ella acreditando el cumplimiento de los requisitos exigidos para su ejercicio dentro del término de un año contado a partir de la vigencia de la ley. Para quienes no lo hicieron, dispuso que quedarían de libre nombramiento y remoción, pero aún así les dio la oportunidad de que si continuaban al servicio de la entidad pudieran solicitar la inscripción al momento de cumplir los requisitos del cargo, debiendo acreditarlos en debida forma.

De manera que, si por virtud de la sentencia de inexecutable C-306 de 1995, cuyos efectos deben entenderse hacia el futuro por no indicar lo contrario la Corte no tiene cabida la aplicación del primer inciso del artículo 22, por cuanto es obvio que el tiempo allí previsto ya se cumplió, lo cierto es que la posibilidad del segundo sí tiene operancia, pues las únicas exigencias del legislador fueron que el empleado hubiere continuado al servicio de la entidad u organismo, y que poseyera los requisitos del cargo y los acreditara en debida forma.

A la luz de este precepto entonces, el empleado que a la vigencia de la Ley 27 de 1992 se encontraba ocupando el cargo que hoy es de carrera y aún permanece en él, puede, si cumple los requisitos y así lo demuestra, solicitar su inscripción.

Siendo ello así, mal podía la circular negar a los empleados que a la fecha de vigencia de la Ley 27 de 1992 estaban desempeñando cargos que posteriormente por virtud de la decisión de la Corte Constitucional pasaron a ser de carrera administrativa, el derecho a la inscripción extraordinaria del artículo 22 *ibidem*.

## SECCION SEGUNDA

De la comparación del artículo 22 inciso 2° de la Ley 27 de 1992 con los párrafos primero y último del numeral 4° de la circular acusada, surge la transgresión directa de la ley y en este orden de ideas encuentra la Sala que aparece flagrante la violación alegada y en consecuencia habrá de prosperar la suspensión provisional en relación con estos puntos.

El texto restante de la circular no aparece *prima facie* contrario a la Constitución y la ley, porque simplemente se limita a instruir sobre el carácter de los empleados que desempeñan cargos de carrera sin pertenecer a ella y su condición de servidores de libre nombramiento y remoción, lo cual tiene en principio respaldo constitucional y legal.

Por lo expuesto, la Sala

### RESUELVE:

Por reunir los requisitos legales, *admítase* la demanda instaurada en ejercicio de la acción pública de nulidad por Jairo Villegas Arbeláez, en virtud de lo cual se

### DISPONE:

1°. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE al Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del C. C. A.

2°. NOTIFIQUESE PERSONALMENTE al Agente del Ministerio Público.

3°. Fíjese el negocio en lista por el término de cinco (5) días para los efectos previstos en el numeral 5° del artículo 207 del C. C. A.

4°. SUSPENDESE PROVISIONALMENTE la Circular 5000-13 de agosto 3 de 1995, proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil, en los siguientes apartes:

“4. Quienes a 29 de diciembre de 1992 se encontraban ocupando empleos que para dicha época eran de libre nombramiento y remoción y ahora, como consecuencia del fallo que se comenta son de carrera administrativa no tendrán derecho a la inscripción extraordinaria de que trata el artículo 22 de la Ley 27 de 1992.

Por tanto, no podrán prosperar ante las Comisiones del Servicio Civil las solicitudes de inscripción extraordinaria que formulen, con fundamento en el artículo 22 de la Ley 27 de 1992, quienes se encuentren a la fecha desempeñando empleos que en virtud de la Sentencia número C-306/95 se convirtieron en cargos de carrera. Su ingreso en la misma en dichos empleos sólo podrá producirse en forma ordinaria, previo proceso de selección y superación del respectivo período de prueba”.

Cópiese, notifíquese y cúmplase este auto previa ejecutoria. Publíquese.

La anterior providencia fue considerada, aprobada y ordenada su publicación por la Sala, en sesión del veinticinco (25) de enero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

## **SILENCIO ADMINISTRATIVO - Objeto/ ACTO FICTO**

**El fenómeno del silencio administrativo –negativo o positivo– constituye una ficción legal que sólo tiene por objeto abrir la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. Basta que en el pronunciamiento judicial se reconozca probada su existencia, sin que haya necesidad de declarar o solicitar la nulidad de un acto ficto.**

## **PERSONAL DOCENTE MUNICIPAL - Régimen salarial/ REMUNERACION - Fijación/ CONCEPTO MUNICIPAL/ COMPETENCIA/ EMPLEADO MUNICIPAL - Escala de remuneración**

**Era atribución de los municipios y lo es hoy, pues se la confiere el artículo 313 numeral 6° de la actual Constitución, disponer sobre la remuneración de los empleados oficiales en su jurisdicción, facultad que ejercen de manera autónoma. Si bien la actora es una docente inscrita en el escalafón nacional, su calidad era la de empleada del orden municipal según se desprende del decreto de nombramiento, del acta de posesión y del acto de creación del plantel en el cual laboraba. Nadie discute que la actora fuera empleada oficial de régimen especial, y que su relación laboral con el municipio en cuanto a vinculación, ascensos y demás situaciones administrativas, se regula el ejercicio de la profesión docente, no señala sueldos, ni podría señalarlos para el orden municipal sin violar la autonomía que en esa materia tienen los Concejos Municipales por mandato de la Constitución. El derecho consagrado en el artículo 36 literal b) del Decreto 2277 de 1979, a percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo de los docentes no nacionales ni nacionalizados, es decir, de los pertenecientes al orden municipal, referido a la asignación que la autoridad competente, que lo es el Concejo Municipal, haya fijado para el cargo que ocupan. De ninguna manera podría aceptarse que las leyes o los actos del orden nacional señalaran escalas de remuneración en los órdenes departamental y municipal pues ello sería violatorio de la Constitución.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve (9) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Radicación número 9351.

Referencia: Asuntos municipales.

Actora: Ana Elisa Pinilla Robayo.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de 27 de agosto de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A".

### ANTECEDENTES

Por medio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho la señora Ana Elisa Pinilla pidió al Tribunal declarar que ostenta la condición de educadora oficial; que su asignación salarial durante los años 1983 a 1987 es la ordenada por la ley y por tanto sus prestaciones sociales deben estar acordes con ella. A título de restablecimiento del derecho pide ordenar en su favor el pago de diferencias salariales en cuantía de \$856.435.98.

Alegó que el salario que ha recibido durante los años antes citados es inferior al que la ley ha fijado; que como docente oficial goza de los derechos establecidos en el Decreto-ley 2277 de 1979 para todos los educadores oficiales, y entre ellos el de percibir el salario establecido para la categoría que ostenta en el escalafón nacional.

Expresa que la petición y el recurso presentados ante el Alcalde de Soacha para obtener el reconocimiento de las diferencias salariales no han sido respondidos operándose el silencio administrativo, actos que deben ser juzgados por la Justicia Contencioso-Administrativa.

### LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal declaró probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda al considerar que no se acusó el acto resultante del silencio administrativo, ni acto expreso alguno, omitiéndose así la individualización del acto demandado. En consecuencia, se declaró inhibido para fallar.

### LA APELACION

La recurrente no comparte la apreciación del Tribunal y manifiesta que tanto en la demanda como en la corrección que hiciera a la misma, solicitó no sólo la declaración del silencio administrativo, sino también la nulidad del mismo y por tanto considera inexplicable el fallo apelado.

Afirma que la sentencia no tiene fundamento legal, pues ninguna norma exige que se pida la nulidad del silencio administrativo y cita un pronunciamiento del Consejo

## SECCION SEGUNDA

de Estado según el cual ello no es necesario por tratarse de un acto ficto o presunto; basta que se configure.

### ALEGATOS

Corrido el traslado la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio.

La recurrente reitera los argumentos expuestos en el escrito de apelación y agrega que la sentencia desconoce el artículo 230 de la Constitución Nacional.

Se decide, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

No comparte la Sala el pronunciamiento del Tribunal. Observa que en la demanda (fl. 19) la actora pidió la declaratoria del silencio administrativo frente a las peticiones presentadas al Alcalde de Soacha a fin de que se le reconocieran las diferencias salariales a las cuales cree tener derecho, solicitud reiterada mediante corrección del libelo obrante a folio 24.

Como en numerosas oportunidades lo ha dicho la Sala, el fenómeno del silencio administrativo —negativo o positivo— constituye una ficción legal que sólo tiene por objeto abrir la posibilidad de acudir a la vía jurisdiccional. Basta que en el pronunciamiento judicial se reconozca probada su existencia, sin que haya necesidad de declarar o solicitar la nulidad de un acto ficto.

Está demostrado que la actora presentó una petición el 3 de abril de 1986 (fl. 7) cuyo objetivo era obtener el pago del salario correspondiente a su grado en el escalafón docente, y las diferencias salariales que según ella, le adeuda el municipio de Soacha. Igualmente, obra en el proceso el recurso de reposición presentado el 5 de febrero de 1987 (fl. 8) contra el acto ficto resultante del silencio de la administración en relación con su petición inicial. Afirma que ni la petición ni el recurso fueron respondidos, hecho que no es controvertido por el ente demandado.

Conforme a lo anterior considera la Sala que en efecto se dan los elementos necesarios para declarar la existencia del silencio administrativo conforme se pide y entrar al fondo del asunto.

Se trata de dilucidar en este caso si a la señora Ana Elisa Pinilla Robayo ha debido reconocérsele el salario fijado para los docentes escalafonados, en decretos del orden nacional, o si por el contrario su remuneración es la que señalan los acuerdos expedidos por el Concejo Municipal de Soacha.

Por mandato expreso del artículo 76 numeral 9º de la Constitución de 1886, correspondía al Congreso “determinar la estructura de la administración nacional (...) y fijar las escalas de remuneración de las distintas categorías de empleos (...)”. (Destacado fuera de texto).

Y de acuerdo al artículo 197 numeral 3º de la Carta de 1886, entre las funciones de los concejos que se ejercen por medio de acuerdo, estaba: “...3ª. Determinar la

estructura de la administración municipal, las funciones de las diferentes dependencias y *las escalas de remuneración correspondientes a las distintas categorías de empleo*". (Destacado fuera del texto).

Se observa entonces, que era atribución de los municipios y lo es hoy pues se la confiere el artículo 313 numeral 6° de la actual Constitución, disponer sobre la remuneración de los empleados oficiales en su jurisdicción, facultad que ejercen de manera autónoma. Si bien la actora es una docente inscrita en el escalafón nacional, su calidad era la de empleada del orden municipal según se desprende del decreto de nombramiento (fl. 2 vto.), del acta de posesión (fl. 3) y del acto de creación del plantel en el cual laboraba (fls. 82 a 85).

Ciertamente el artículo 3° del Decreto 2277 de 1979 prescribe que los educadores que presten sus servicios en entidades oficiales del orden nacional, departamental, distrital, intendencial, comisarial y municipal, son empleados oficiales de régimen especial que, una vez posesionados, quedan vinculados a la administración por las normas previstas en este decreto.

Es decir, que nadie discute que la señora Pinilla Robayo fuera empleada oficial de régimen especial, y que su relación laboral con el municipio en cuanto a vinculación, ascensos y demás situaciones administrativas, se regía por el Decreto 2277 de 1979. Pero ese estatuto, que regula el ejercicio de la profesión docente, no señala sueldos, ni podría señalarlos para el orden municipal sin violar la autonomía que en esa materia tienen los Concejos Municipales por mandato de la Constitución.

El derecho consagrado en el artículo 36 literal b) del Decreto 2277 de 1979, a percibir oportunamente la remuneración asignada para el respectivo cargo y grado del escalafón debe entenderse, respecto de los docentes no nacionales ni nacionalizados, es decir, de los pertenecientes al orden municipal, referido a la asignación que la autoridad competente, que lo es el Concejo Municipal, haya fijado para el cargo que ocupan. De ninguna manera podría aceptarse que las leyes o los actos del orden nacional señalaran escalas de remuneración en los órdenes departamental y municipal pues ello sería violatorio de la Constitución.

Está probado en el expediente que el colegio Francisco de Paula Santander fue creado por el Acuerdo número 1 de 3 de septiembre de 1983 expedido por el Concejo Municipal de Soacha, y no hay constancia acerca de su nacionalización en los años 1983 a 1987.

La demandante fue nombrada profesora, en calidad de empleada dependiente del municipio.

En este orden de ideas es preciso concluir que su remuneración era la señalada en las normas municipales que fijaban las escalas de remuneración para las distintas categorías de empleos en el municipio de Soacha, y no la que fijan las leyes o decretos para los maestros escalafonados del orden nacional o nacionalizados, según el cargo que ocupen y su grado en el escalafón. Ese será sí, el sueldo que le corresponde como

## SECCION SEGUNDA

educadora en el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá, dependiente del Fondo Educativo Regional, en donde también presta servicios según se desprende de los documentos que obran a folios 87 y 91 del cuaderno principal, mas no el que debía deven- gar en el municipio de Soacha en los años 1983 a 1987.

Lo anterior es suficiente para concluir que no le asiste razón a la demandante en sus pretensiones, pues no se configura el derecho reclamado.

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

### FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida el 27 de agosto de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "A", dentro del proceso incoado por la señora Ana Elisa Pinilla Robayo.

En su lugar dispone:

1°. DECLARASE configurado el silencio administrativo frente a la petición pre- sentada por la señora Ana Elisa Pinilla Robayo el 3 de abril de 1986 al Alcalde del municipio de Soacha encaminada a obtener el ajuste de su salario desde el momento de su posesión, e igualmente en relación con el recurso de reposición radicado en tal despacho el 5 de febrero de 1987 e interpuesto contra el acto ficto negativo.

2°. NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y una vez ejecutoriada esta providencia de- vuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 1° de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Car- los A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**CARRERA JUDICIAL/ JUEZ - Reelección/ NOMINADOR - Facultades/  
ESTABILIDAD/ DESVIACION DE PODER - Inexistencia / RESERVA  
MORAL/ AUTO SECRETO**

Antes de la vigencia de la Constitución de 1991 fue una carrera de período, que otorgaba a los escalafonados en ella estabilidad dentro del período y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento calificado en legal forma fueron satisfactorios. La reelección del juez inscrito en carrera, no es privilegio consagrado en la ley, también lo ha dicho la Sala, pues si la elección de los jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo Tribunal al finalizar un período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes, ya que el voto es libre y secreto. Por esta misma razón cabe anotar que el hecho de participar con éxito en un concurso, tampoco confiere el privilegio de la reelección sólo el derecho a que su nombre sea tenido en cuenta. La reserva moral es suficiente y válida para no reelegir a un juez, ya que existen disposiciones legales que lo contemplan, y no es necesario que en el acta correspondiente se consigne las razones pues ello implicaría el conocimiento del derecho del voto secreto, que el ordenamiento jurídico otorga a los integrantes de la corporación nominadora, cuando de elegir funcionarios judiciales se trata. Si a su juicio bastaba con que el Presidente de la Sala Civil informara que sus miembros por unanimidad habían manifestado reserva moral contra el demandante, frente a tal prescripción legal –voto secreto– resulta improcedente considerar que por no haberse consignado los fundamentos de la reserva en el acta de la sesión de la Sala Plena, se pueda configurar la desviación de poder.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Radicación número 7970.

## SECCION SEGUNDA

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Nicolás Caicedo Trujillo.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Judicial 20 ante el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y por la parte demandante, contra la sentencia proferida por ese Tribunal el 25 de noviembre de 1992.

### ANTECEDENTES

Actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el doctor Nicolás Caicedo Trujillo pidió al Tribunal anular el Acuerdo número 06 de marzo 6 de 1990 correspondiente a la sesión de la Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali en cuanto esa Corporación nombró en su reemplazo al doctor Alvaro Tovar Domínguez, como Juez Cuarto Civil del Circuito de Palmira (Valle), cargo que él ocupaba.

Como consecuencia de tal nulidad pidió a título de restablecimiento de su derecho el reintegro al cargo con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el 1° de abril de 1990, sin solución de continuidad.

Argumentó, fundamentalmente, que el 1° de julio de 1982 se vinculó a la Rama Judicial desempeñando diversos cargos y desde el 16 de junio hasta el 31 de marzo de 1990 el de Juez Cuarto Civil del Circuito de Palmira (Valle). Agregó que su permanencia y ascenso en la carrera judicial obedeció a sus méritos, que presentó el examen exigido para tener derecho a la reelección en el período a iniciarse en el año 1989 ocupando el tercer lugar en el concurso con mejor puntaje que otros que fueron reelegidos o incluso ascendidos, que fue calificado satisfactoriamente, que desempeñó sus funciones de manera eficiente, honesta y brillante, que nunca fue sancionado disciplinariamente, y que se encontraba inscrito en carrera judicial.

En el concepto de violación considera el actor que con el acto acusado se transgredió el artículo 162 de la C. N. y el Decreto 052 de 1987. Que la simple expresión de "Reserva moral", como motivo para la no reelección de un funcionario judicial no es motivación suficiente para el acto cuando no existe prueba alguna para tal afirmación lo cual conduce a la desviación de poder pues ello refleja simplemente el capricho y los intereses personales del nominador.

Estima violado el artículo 51 inciso 2° del Decreto 052 de 1987 que consagra el derecho a la reelección si no se han obtenido dos calificaciones insatisfactorias, siendo su caso, lo cual armoniza con el artículo 67 del Decreto 2400 de 1986 norma que si bien fue declarada inexecutable, lo fue no para desconocer el período de los jueces sino porque su aplicación se había confiado a un órgano de la Rama Ejecutiva.

Expresa que su nombre no fue puesto a consideración de la Sala Plena y por tanto las razones de reserva moral no fueron discutidas allí, sino que emergieron exclusiva-

mente de la Sala Civil, sin que esta última alcance a conformar la tercera parte de los miembros del Tribunal; que no se adelantó proceso disciplinario en su contra, violándose el debido proceso y el derecho de defensa.

### LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, ordenó el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar y negó el reintegro al cargo.

Afirmó que el actor no podía reclamar ningún derecho al cargo por el período 1989-1991, y que el Tribunal tenía la facultad de escoger a cualquiera de las personas que se encontraran en la lista de elegibles.

Pero que, sin embargo, la Sala Plena no consideró el nombre del doctor Caicedo Trujillo y para su no reelección siguió un procedimiento no contemplado en la ley creando un "pequeño comité" conformado por los miembros de la Sala Civil quienes consideraron la "Reserva Moral" contra el actor lo cual impidió que la decisión se tomara conforme a la ley pues ella fue suficiente para proponer a un nuevo candidato.

### LA APELACION

En su recurso el Procurador Delegado expresa que la especialización de las salas optimiza el trabajo de las Corporaciones Judiciales y hace que sus miembros conozcan más de cerca las circunstancias que rodean a los jueces de esa rama; que dentro de la operatividad del Tribunal es posible aceptar el mecanismo adoptado para la elección de jueces; que si bien el Presidente de la Sala Civil certifica que el nombre del actor, no fue puesto a consideración de la Sala, el acta y el Acuerdo número 06 demuestran que fue la Sala Plena la que no eligió al demandante existiendo el quórum necesario para ello y, conociendo la reserva moral, votaron en favor de otro.

Por su parte el demandante critica la sentencia en tanto negó el reintegro al cargo puesto que el Estatuto de la Carrera Judicial consagra la estabilidad, no sólo por el período, y el derecho a la reelección con base en el comportamiento y el rendimiento satisfactorios, de manera que acogida la pretensión principal debe accederse al reintegro, puesto que no se ha dado causa legal para el retiro y persiste el indeclinable derecho a la reelección, afirmación que cobra mayor fuerza si se tiene en cuenta que a partir de la vigencia de la nueva Constitución se eliminó el período para los jueces. Dice también, que debe accederse al reconocimiento de los perjuicios morales, pues si bien se ordena el pago de los salarios y prestaciones dejados de devengar ellos no alcanzan a resarcir los daños morales causados que son incalculables.

Se decide previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub judice* la legalidad parcial del Acuerdo número 006 de 6 de marzo de 1990, mediante el cual el Tribunal Superior del Distrito

## SECCION SEGUNDA

Judicial de Cali, no reeligió al demandante como Juez Cuarto Civil del Circuito de Palmira, para el período constitucional 1989-1991 y se designó como tal al doctor Alvaro Tovar Domínguez.

La Sala en numerosos fallos se ha pronunciado sobre las particularidades del sistema de carrera establecido en el Decreto-ley 052 de 1987 para los funcionarios judiciales y sobre el contenido y la extensión de los derechos del Juez escalafonado, precisando que antes de la vigencia de la Constitución de 1991 fue una carrera de período, que otorgaba a los escalafonados en ella estabilidad dentro del período y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento calificados en legal forma fueran satisfactorios.

La reelección del juez inscrito en carrera, no es un privilegio consagrado en la ley, también lo ha dicho la Sala, pues si la elección de los jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo Tribunal al finalizar un período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes, ya que el voto es libre y secreto. Por esta misma razón cabe anotar, que el hecho de participar con éxito en un concurso, tampoco confiere el privilegio de la reelección, sólo el derecho a que su nombre sea tenido en cuenta.

La Sala con ponencia de este despacho, dentro del Expediente número 4118 sentencia de agosto 4 de 1992, reiteró el criterio que sobre el tema había adoptado el 13 de marzo de 1992 en el Proceso número 4361, Magistrado ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz:

“Pero, asunto diferente es el pretendido derecho a ser reelegido, alrededor del cual observa la Sala que la ley nunca pudo establecerlo y *de ahí que la honorable Corte al respecto sólo se refiera a la vocación a ser reelegido...*”. (Destaca la Sala).

En el *sub lite*, el Tribunal Superior de Cali, según evidencia el acta de Acta número 006 (fl. 4 Cuad. No. 2), para efecto de la elección del Juez Cuarto Civil del Circuito de Palmira expresó:

“Se presentó como candidato a Juez 4° Civil del Circuito de Palmira al doctor Alvaro Tovar Domínguez, en reemplazo del doctor Nicolás Caicedo contra quien existe *Reserva moral restringida*, según así lo informó el Presidente de la Sala Civil, realizada la votación resultó elegido el doctor Tovar Domínguez como Juez 4° Civil del Cto. de Palmira, en período de prueba por 24 votos afirmativos, 2 negativos”.

Considera la Sala que el nombre del doctor Nicolás Caicedo sí fue puesto a consideración de la Sala Plena y se indicó que contra él existía reserva moral, razón por la cual se proponía en su reemplazo al doctor Alvaro Tovar Domínguez. No otra cosa puede deducirse del contenido del acta de la Sala Plena.

En efecto, la reserva moral fue inicialmente informada por el Presidente de la Sala Civil, pero precisamente cuando uno de los miembros de la Corporación Judicial

pone en conocimiento de la Sala Plena tal situación, está dando la oportunidad para que ella se pronuncie como ocurrió en este caso.

Según lo demuestra la votación alcanzada por el doctor Tovar Domínguez, implícitamente la Sala Plena decidió, atendiendo la información que sobre reserva moral se tuvo contra el doctor Caicedo Trujillo, no elegirlo y por el contrario dar su respaldo de 24 votos sobre 26 posibles, al nuevo candidato propuesto.

Como lo ha dicho la Sala en otras ocasiones, la reserva moral es suficiente y válida para no reelegir a un juez, ya que existen disposiciones legales que la contemplan, y no es necesario que en el acta correspondiente se consignen las razones pues ello implicaría el desconocimiento al derecho del voto secreto, que el ordenamiento jurídico otorga a los integrantes de la Corporación nominadora, cuando de elegir funcionarios judiciales se trata. Si a su juicio bastaba con que el Presidente de la Sala Civil informara que sus miembros por unanimidad habían manifestado reserva moral contra el doctor Caicedo Trujillo, frente a tal prescripción legal –voto secreto– resulta improcedente considerar que por no haberse consignado los fundamentos de la reserva en el acta de la sesión de Sala Plena, se pueda configurar la desviación de poder.

No comparte la Sala la tesis del *a quo* en cuanto a que el Tribunal optó por un procedimiento distinto al establecido por la ley conformando un “pequeño comité”, ni que el estudio previo por parte de la Sala Civil haya sido obstáculo para la vocación de reelección por parte del doctor Caicedo Trujillo. Es claro que su nombre sí fue considerado por la Sala Plena, la que acogió la reserva moral formulada en su contra y decidió elegir a otro candidato.

Establecido como está que la entidad nominadora podía tomar la determinación acusada en la forma que lo hizo, sin incurrir en violación de norma legal alguna, procede la revocatoria del fallo apelado.

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

#### **FALLA:**

Revócase la sentencia de 25 de noviembre de 1992 proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el proceso promovido por Nicolás Caicedo Trujillo contra la Nación –Ministerio de Justicia–.

En su lugar dispone:

Niéganse las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de 8 de febrero de 1996.

## SECCION SEGUNDA

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera la sentencia de marzo 13 de 1992; Expediente 4361; Consejero Ponente doctor Joaquín Barreto Ruiz.

**CARRERA JUDICIAL/ ESTABILIDAD/ JUEZ - Reelección / NOMINADOR  
- Facultades/ FUNCIONARIO JUDICIAL - Régimen pensional especial**

La Sala en numerosos fallos se ha pronunciado sobre las particularidades del sistema de carrera establecido en el Decreto-ley 052 de 1987 para los funcionarios judiciales y sobre el contenido y la extensión de los derechos del juez escalafonado antes de la vigencia de la nueva Constitución, precisando que es una carrera de período, que otorga a los escalafonados en ella, estabilidad dentro del período y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento calificados en legal forma sean satisfactorios. La reelección del juez inscrito en carrera, no es un privilegio consagrado en la ley, también lo ha dicho la Sala, pues si la elección de los jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo tribunal al finalizar el período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes, ya que el voto es libre y secreto. Por esta misma razón cabe anotar, que el hecho de participar con éxito en un concurso, tampoco confiere el privilegio de la reelección, sólo el derecho a que su nombre sea tenido en cuenta. Los jueces sólo tenían garantía de estabilidad hasta la terminación del período, pero esta estabilidad eminentemente temporal no se torna definitiva por el hecho de que se reúnan los requisitos para disfrutar de pensión de jubilación. No puede confundirse el derecho adquirido a la pensión con el derecho a permanecer en el cargo por esta razón. Los funcionarios de la Rama Judicial tienen un régimen especial de pensiones y por tanto no es aplicable el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 en su integridad, sólo el inciso 3°. Sin embargo, la interpretación que ha dado la Sala al artículo 1° de la Ley 33 no coincide con la del demandante, pues de admitirse ésta todo funcionario que tuviera los requisitos para obtener pensión de jubilación se convertiría en inamovible hasta tanto cumpliera 60 años. El inciso 3° artículo 1° de la Ley 33 de 1985 sólo modificó las normas que ordenaban el retiro del funcionario una vez adquiría el derecho a pensionarse, pero no creó fuero de inamovilidad y el funcionario puede no ser retirado del servicio.

## SECCION SEGUNDA

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de mil novecientos-noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Referencia: Expediente número 8237. Autoridades Nacionales.

Actor: William Salcedo Peña M.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el doctor William Salcedo Peña Muñoz contra la sentencia de 23 de febrero de 1993, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

### ANTECEDENTES

Actuando en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el doctor William Salcedo Peña, pidió al Tribunal anular parcialmente el acto administrativo contenido en el Acta de marzo 2 de 1990 y el Acuerdo número 007 de 1990 correspondiente a la sesión de Sala Plena del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán en cuanto esa Corporación se abstuvo de reelegirlo y en cambio nombró a la doctora Dora Sánchez de Quintero como Juez Primero Civil del Circuito de Puerto Tejada, Cauca, cargo que él ocupaba.

Como consecuencia de tal nulidad pidió el restablecimiento de su derecho.

Argumentó, fundamentalmente, que ejerció diversos cargos en la Rama Judicial y el Ministerio Público y aunque completó 20 años de servicio al momento de su retiro no contaba con 60 años; que no obstante ocupar el cargo para el cual no fue reelegido, concursó obteniendo resultados satisfactorios; y que los actos acusados lo lesionaron económica y moralmente.

Arguyó que el Tribunal incurrió en desconocimiento de normas superiores puesto que no podía ser obligado a jubilarse antes de los 60 años, conforme lo ordenan las Leyes 33 de 1985 y 71 de 1988, entre otras.

#### **La sentencia apelada**

El Tribunal negó las pretensiones de la demanda.

Expresó que conforme a la anterior previsión constitucional, el período de los jueces era de dos años y no puede darse aplicación preferencial a la norma legal invocada en la demanda en detrimento de la que establece un período fijo; que si bien durante el período para el cual el funcionario judicial resulte elegido no puede ser obligado a pensionarse, ello no genera un derecho de reelección para el siguiente período.

#### **La apelación**

El actor critica por falta de argumentos jurídicos la providencia recurrida, pues considera que además era necesario que el fallador tuviera en cuenta: que se encontra-

ba inscrito en carrera, aprobó el concurso, y era elegible tal como consta en el acta acusada; que aunque se comentaba que “los jubilables” no debían reelegirse, esa regla no se aplicó en todos los casos; y que su comportamiento fue intachable y no fue excluido de la carrera judicial por calificaciones insatisfactorias por lo cual tenía derecho a permanecer en su cargo.

Se decide previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

Se trata de dilucidar en el caso *sub judice* la legalidad parcial de la decisión contenida en el Acta número 007 de 2 de marzo de 1990, mediante la cual el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, no reeligió al demandante como Juez Primero Civil del Circuito de Puerto Tejada, para el período constitucional 1989-1991 y se designó como tal a la doctora Dora Sánchez de Quintero.

Observa la Sala en primer término, que no puede achacarse falta de razones jurídicas a un fallo que analiza los motivos por los cuales el demandante ataca el acto, y tampoco esperarse que, en una justicia rogada como la Contencioso-Administrativa, se estudien aspectos no planteados por las partes.

De la lectura de la demanda (Hechos y Concepto de la Violación) no se infiere que el demandante hubiese controvertido el acto con fundamento en que se encontraba inscrito en la carrera judicial y en consecuencia tenía derecho a la reelección. La referencia que hace el libelo sobre este aspecto apunta a que no obstante encontrarse inscrito en la carrera judicial concursó para el cargo mostrando claramente su propósito de no jubilarse, pues tenía un derecho adquirido conforme al artículo 1º de la Ley 33 de 1985.

La Sala en numerosos fallos se ha pronunciado sobre las particularidades del sistema de carrera establecido en el Decreto-ley 052 de 1987 para los funcionarios judiciales y sobre el contenido y la extensión de los derechos del Juez escalafonado antes de la vigencia de la nueva Constitución, precisando que es una carrera de período, que otorga a los escalafonados en ella estabilidad dentro del período y una vocación a la reelección, siempre que su comportamiento y rendimiento calificados en legal forma sean satisfactorios.

La reelección del Juez inscrito en carrera, no es un privilegio consagrado en la ley, también lo ha dicho la Sala, pues si la elección de los jueces se realiza a través de votación de los integrantes del respectivo Tribunal al finalizar un período, es imposible garantizar que determinado candidato resulte necesariamente favorecido con los votos suficientes, ya que el voto es libre y secreto. Por esta misma razón cabe anotar, que el hecho de participar con éxito en un concurso, tampoco confiere el privilegio de la reelección, sólo el derecho a que su nombre sea tenido en cuenta.

La Sala con ponencia del Consejero doctor Joaquín Barreto Ruiz, en sentencia del 13 de marzo de 1992, expediente número 4361, dijo:

## SECCION SEGUNDA

“Pero, asunto diferente es el pretendido *derecho* a ser reelegido, alrededor del cual observa la Sala que la ley nunca pudo establecerlo —y de ahí que la honorable Corte al respecto sólo se refiera a la *vocación* a ser reelegido... ningún candidato tiene derecho a que los electores voten por él, ni éstos, como consecuencia de que su voto es libre y secreto, están obligados a votar por determinado candidato, ni siquiera siendo el único”.

En el *sub lite*, el Tribunal Superior de Popayán, según evidencia el acta número 007 (fl. 4), tuvo en cuenta el nombre del accionante en tres ocasiones consecutivas, pero no obtuvo el respaldo requerido, lo que dio lugar a que se considerara el nombre de la doctora Sánchez de Quintero, para una designación provisional, única forma válida en que de acuerdo con el Decreto 1660 de 1978 podía hacerlo.

Los jueces sólo tenían garantía de estabilidad hasta la terminación del período, pero esta estabilidad eminentemente temporal no se torna definitiva por el hecho de que se reúnan los requisitos para disfrutar de pensión de jubilación. No puede confundirse el derecho adquirido a la pensión con el derecho a permanecer en el cargo por esta razón.

Por lo demás, no se allegó al proceso ninguna prueba acerca de que el motivo de la no reelección hubiese sido que el actor reuniera los requisitos para obtener la pensión de jubilación; por tanto se hace necesario remitirse al acta de la sesión de Sala Plena en que se adoptó la decisión y allí no se observa tampoco razón alguna distinta a no haber alcanzado los votos necesarios para ello.

El actor no fue obligado a retirarse del servicio por tener derecho a la pensión, simplemente no fue reelegido una vez culminó el período para el cual se le había designado como Juez y, como se dejó expresado, vencido él no tenía derecho adquirido a ser reelegido, ni a permanecer en él, independientemente de que hubiese adquirido el derecho a la pensión.

De otra parte dirá la Sala que los funcionarios de la Rama Judicial tienen un régimen especial de pensiones y por tanto no les es aplicable el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 en su integridad, sólo el inciso 3°. Sin embargo, la interpretación que ha dado la Sala al artículo 1° de la Ley 33 no coincide con la del demandante, pues de admitirse ésta todo funcionario que tuviera los requisitos para obtener pensión de jubilación se convertiría en inamovible hasta tanto cumpliera 60 años. El inciso 3° artículo 1° de la Ley 33 de 1985 sólo modificó las normas que ordenaban el retiro del funcionario una vez adquiría el derecho a pensionarse, pero no creó fuero de inamovilidad y el funcionario puede no ser retirado del servicio.

Establecido como está que el nominador podía tomar la determinación acusada en la forma en que lo hizo, sin incurrir en violación de norma legal alguna, procede confirmar el fallo apelado, que negó las súplicas de la demanda.

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

**FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia apelada, proferida el 23 de febrero de 1993 por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso iniciado por el doctor William Salcedo Peña Muñoz.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María E. Samper Rodríguez.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera la providencia de marzo 13 de 1992. Exp. 4361, Consejero Ponente Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

**SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Alcance/ ACTO FICTO PRESUNTO/ VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/ DEMANDA - Ineptitud**

El interesado puede demandar directamente el acto ficto nacido de la petición inicial o interponer contra los actos resolutorios de dichos recursos o contra los simplemente presuntos si persiste el silencio de la administración. Situación diferente es que el interesado no esté sometido a término alguno para la interposición de los recursos administrativos contra el acto ficto, de conformidad con el artículo 51 del C.C.A., sin estar obligado a esperar el pronunciamiento de la administración, pero si elige la vía jurisdiccional estará sometido al término de caducidad y la administración pierde competencia para pronunciarse. Contra el acto ficto nacido del fenómeno del silencio administrativo negativo ante la petición inicial, el apoderado no interpuso los medios de impugnación que consagra la vía gubernativa ni en la demanda se solicita que se declare que se ha configurado dicho fenómeno ni se impugna el acto ficto o presunto. Y, es más, en criterio de esta sección se ha considerado que no es indispensable demandar ese acto ficto o presunto sino que es suficiente alegar la configuración del silencio administrativo negativo, sin que ello dé pie para considerar a la demanda viciada de ineptitud sustantiva.

*Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación número 12281.

Referencia: Apelación Interlocutorios. Expediente número 12281.

Actor: Eduardo Durán Arregui.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 20 de junio de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante el cual se inadmitió la demanda por ineptitud sustantiva.

Dice el Tribunal que en el libelo introductorio se impugna, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el oficio número 0051 de 12 de enero de 1995 por el cual el señor Gobernador del Caquetá, en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER, niega a Eduardo Durán Arregui, ahora demandante, el reconocimiento y pago del 40% de su asignación básica por haberse desempeñado como Superior de Educación, en comisión en las inspecciones de Lusitania y Tres Esquinas, entre el 30 de enero de 1989 y el 20 de abril de 1992. Y para el reconocimiento y pago de dicho porcentaje el demandante elevó una solicitud el 11 de diciembre de este último año, y otra el 9 de agosto de 1993, requiriendo contestación de la primera, sin ningún resultado.

Después de dos años, un mes y dos días, el 12 de enero de 1995, recibió respuesta, dirigida a su apoderado, a través del oficio número 0051 (fl. 2) impugnado en la demanda, por el cual, en resumen, se le informa que no le asiste derecho alguno.

Así las cosas, arguye el Tribunal, que la acción instaurada está dirigida contra el mencionado oficio y no contra el acto ficto o presunto nacido del silencio administrativo frente a la petición inicial del 11 de diciembre de 1992 y, por tanto, se crea el dilema de precisar cuál de los actos, el ficto o el expreso, debió ser impugnado. Sin embargo, considera que debió impugnarse el primero al tenor del artículo 135 del C.C.A., que en su inciso 2° consagra: *“el silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa”*.

Y de otra parte, que ha de tenerse en cuenta que la respuesta contenida en el oficio fue en cumplimiento de una sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Florencia, que si bien se ajusta a los cánones constitucionales sobre la materia, no revive los términos legales sobre caducidad de la acción contencioso-administrativa.

Así, bien puede apreciarse que el apoderado del acto no dirigió su acción contra el acto ficto o presunto nacido del silencio administrativo negativo, ya que ello conduciría a la caducidad de la acción instaurada, por lo que en el caso de autos, la ley no brinda alternativa al demandante de escoger el acto que ha de demandar, máxime si se ha operado dicho silencio.

En el escrito de sustentación de la alzada (fls. 38-41), arguye el apoderado recurrente que, aunque es cierto, que el inciso 2° del artículo 135 del C.C.A. prevé que el silencio negativo con relación a la primera petición también agota la vía gubernativa, hay que indicar que ni esta norma ni ninguna otra, a raíz del silencio administrativo negativo, le quita competencia a la entidad para resolver la petición para dejarla en cabeza exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso-administrativa. Además, que al tenor de los artículos 40 y 60 del C.C.A. la entidad encargada de responder una petición, para el caso, la Junta Administradora del FER del Caquetá, a pesar de que no respondió a tiempo, y se configuró el silencio administrativo negativo, no se puede decir que la competencia se depositó exclusivamente en la jurisdicción contencioso-administrativa para decidir al respecto, antes por el contrario, aquella entidad pública

## SECCION SEGUNDA

mantiene la competencia para resolver la petición y obligada a ello de conformidad con las normas antes señaladas.

A continuación, el apoderado recurrente invoca una providencia de esta sección de 14 de septiembre de 1993, de la cual fue ponente la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas, y proferida en el expediente número 8217, cuyos apartes pertinentes transcribe a folio 41, en la cual se hace referencia, que durante la vigencia del artículo 135 del C.C.A., antes de la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989 (art. 22), era necesario recurrir por vía administrativa el acto ficto para ocurrir luego a la jurisdicción de lo contencioso-administrativa. Pero, con la expedición de dicho decreto se dio al administrado la posibilidad de demandar directamente el acto ficto en relación con la petición inicial o interponer contra el acto los recursos administrativos y proceder a instaurar la acción del caso contra los actos resolutorios de esos recursos o contra los presuntos de resolución de los mismos ante el silencio de la administración. Y que diferente es que el administrado no esté sometido a término alguno en la vía gubernativa para interponer los recursos contra el acto ficto, de conformidad con el inciso 1° del artículo 51 del C.C.A y que la administración conserve la competencia para pronunciarse hasta cuando se interpongan los recursos, toda vez, que si el administrado decide esperar el pronunciamiento de la administración, es libre de hacerlo, pero si elige la vía jurisdiccional, debe hacerlo con observancia del término de caducidad señalado en el artículo 136 del mismo Código, cerrando así la posibilidad de que la administración se pronuncie, ya que desde el momento en que el administrado pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional la administración pierde competencia.

Termina el apoderado recurrente refiriéndose a que el accionante, dentro de la libertad otorgada por el artículo 51 del C.C.A. decidió esperar el pronunciamiento de la administración respecto a la petición elevada para posteriormente demandar, dentro del término legal, el acto administrativo que resolvió la petición. Y el hecho de haberse interpuesto acción de tutela contra el señor Gobernador del departamento del Caquetá en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER no fue con el objeto de revivir términos legales de caducidad, como se afirma en el auto impugnado, sino con el fin de que el juez de tutela ordenara a dicho Presidente cesara en la violación del derecho constitucional de petición. Y, que así las cosas, según la ley y la jurisprudencia traída a colación, se puede acudir a la vía jurisdiccional, bien demandando el acto presunto o ficto causado por el silencio administrativo negativo, o bien demandando el acto resolutorio de la petición, sin importar el término que demore la administración en responder, respetando en uno u otro evento el término de caducidad. Y mal puede pensarse que la acción de tutela se instauró con el propósito de revivir términos legales, por lo que solicita se revoque el auto apelado y se admita la demanda.

### SE CONSIDERA:

De conformidad con el artículo 40 del C.C.A., si transcurrido un plazo de tres meses, contado a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa, dándose así origen al silencio administrativo negativo y a un acto ficto o presunto, nacido del primero lo que

no eximirá de responsabilidad a la autoridad ni la excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto o presunto.

Como bien se analiza en la providencia de la Sección Segunda, traída a colación por el apelante, después de la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989 al artículo 135 del C.C.A. (el interesado puede demandar directamente el acto ficto nacido de la petición inicial o interponer contra éste los recursos por la vía gubernativa y proceder a instaurar la acción contra los actos resolutorios de dichos recursos o contra los simplemente presuntos si persiste el silencio de la administración. Situación diferente es que el interesado no esté sometido a término alguno para la interposición de los recursos administrativos contra el acto ficto, de conformidad con el artículo 51 del C.C.A., sin estar obligado a esperar el pronunciamiento de la administración, pero si elige la vía jurisdiccional estará sometido al término de caducidad y la administración pierde competencia para pronunciarse.

En autos está demostrado que contra el acto ficto nacido del fenómeno del silencio administrativo negativo ante la petición inicial, el apoderado no interpuso los medios de impugnación que consagra la vía gubernativa ni en la demanda se solicita que se declare que se ha configurado dicho fenómeno ni se impugna el acto ficto o presunto. Y, es más, en criterio de esta Sección se ha considerado que no es indispensable demandar ese acto ficto o presunto sino que es suficiente alegar la configuración del silencio administrativo negativo, sin que ello dé pie para considerar a la demanda viciada de ineptitud sustantiva.

En la demanda se impugna el acto administrativo contenido en el oficio número 0051 de 12 de enero de 1995 (fl. 2), librado por el Gobernador del Caquetá en cumplimiento de una sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Florencia a raíz de la acción instaurada, a través de apoderado, por Eduardo Durán Arregui, hoy demandante. Es decir, que es un acto autónomo y, por lo mismo, demandable, claro está, dentro del término de caducidad, sin necesidad para ello de alegar la configuración del silencio administrativo negativo ni de impugnarse el acto ficto o presunto nacido del mismo.

Como la demanda llena los requisitos formales y fue instaurada dentro del término de caducidad habrá de admitirse previa revocatoria del auto impugnado.

Por lo expuesto,

#### **SE RESUELVE:**

1. REVOCASE el auto apelado de 20 de junio de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá y, en su lugar, se admite la demanda instaurada, a través de apoderado, por Eduardo Durán Arregui, para lo cual,

#### **SE DISPONE:**

a) Notifíquese personalmente este proveído a la Ministra de Educación Nacional, o a quien haga sus veces;

## SECCION SEGUNDA

b) Notifíquese personalmente este proveído al Gobernador del Caquetá, o a quien haga sus veces;

c) Notifíquese personalmente este proveído al agente del Ministerio Público;

d) Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada o los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

e) Solicítese al correspondiente funcionario, el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado;

f) No se ordena el depósito a que se refiere el ordinal 4° del artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el artículo 46 del Decreto 2304 de 1989, por no haber lugar al mismo por la naturaleza del asunto.

2. Tiénese al doctor Luis Carlos Avellaneda Tarazona como apoderado de Eduardo Durán Arregui en los términos y para los efectos del escrito visible a folio 1.

3. El Tribunal *a quo* dará cumplimiento a lo dispuesto en los literales: a), b), c), d), e) y f) de este proveído.

4. Devuélvase el presente asunto al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO - Alcance/ ACTO FICTO PRESUNTO/ VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/ DEMANDA - Ineptitud**

El interesado puede demandar directamente el acto ficto nacido de la petición inicial o interponer contra los actos resolutorios de dichos recursos o contra los simplemente presuntos si persiste el silencio de la administración. Situación diferente es que el interesado no esté sometido a término alguno para la interposición de los recursos administrativos contra el acto ficto, de conformidad con el artículo 51 del C.C.A., sin estar obligado a esperar el pronunciamiento de la administración, pero si elige la vía jurisdiccional estará sometido al término de caducidad y la administración pierde competencia para pronunciarse. Contra el acto ficto nacido del fenómeno del silencio administrativo negativo ante la petición inicial, el apoderado no interpuso los medios de impugnación que consagra la vía gubernativa ni en la demanda se solicita que se declare que se ha configurado dicho fenómeno ni se impugna el acto ficto o presunto. Y, es más, en criterio de esta sección se ha considerado que no es indispensable demandar ese acto ficto o presunto sino que es suficiente alegar la configuración del silencio administrativo negativo, sin que ello dé pie para considerar a la demanda viciada de ineptitud sustantiva.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veinte (20) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación Expediente número 12.179.

Referencia: Apelación Interlocutorios.

Actor: Pastor González Cáceres.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto de 20 de junio de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante el cual se inadmitió la demanda por ineptitud sustantiva.

## SECCION SEGUNDA

Dice el Tribunal que en el libelo introductorio se impugna, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el oficio número 0069 de 17 de enero de 1995 por el cual el señor Gobernador del Caquetá, en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER, niega a Pastor González Cáceres, ahora demandante, el reconocimiento y pago del 40% de su asignación básica por haberse desempeñado como Superior de Educación, en comisión en los municipios de San Vicente del Caguán, Valparaiso y San José del Fragua, entre el 2 de diciembre de 1988 y el 20 de abril de 1992. Y para el reconocimiento y pago de dicho porcentaje el demandante elevó una solicitud del 11 de diciembre de este último año, y otra el 9 de agosto de 1993, requiriendo contestación de la primera, sin ningún resultado.

Después de dos años, un mes y dos días, el 17 de enero de 1995, recibió respuesta, dirigida a su apoderado, a través del oficio número 0069 (fl. 2) impugnado en la demanda, por el cual, en resumen, se le informa que no le asiste derecho alguno.

Así las cosas, arguye el Tribunal, que la acción instaurada está dirigida contra el mencionado oficio y no contra el acto ficto o presunto nacido del silencio administrativo frente a la petición inicial del 11 de diciembre de 1992 y, por lo tanto, se crea el dilema de precisar cuál de los actos, el ficto o el expreso, debió ser impugnado. Sin embargo, considera que debió impugnarse el primero al tenor del artículo 135 del C.C.A., que en su inciso 2º consagra: *“el silencio negativo, en relación con la primera petición, también agota la vía gubernativa”*.

Y de otra parte, que ha de tenerse en cuenta que la respuesta contenida en el oficio fue en cumplimiento de una sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia, que si bien se ajusta a los cánones constitucionales sobre la materia, no revive los términos legales sobre caducidad de la acción contencioso administrativa.

Así, bien puede apreciarse que el apoderado del actor no dirigió su acción contra el acto ficto o presunto nacido del silencio administrativo negativo, ya que ello conduciría a la caducidad de la acción instaurada, por lo que en el caso de autos, la ley no brinda alternativa al demandante de escoger el acto que ha de demandar, máxime si se ha operado dicho silencio.

En el escrito de sustentación de la alzada (fls. 40-43), arguye el apoderado recurrente que, aunque es cierto, que el inciso 2º del artículo 135 del C.C.A. prevé que el silencio negativo con relación a la primera petición también agota la vía gubernativa, hay que indicar que ni esta norma ni ninguna otra, a raíz del silencio administrativo negativo, le quita competencia a la entidad para resolver la petición para dejarla en cabeza exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Además, que al tenor de los artículos 40 y 60 del C.C.A., la entidad encargada de responder una petición, para el caso, la Junta Administradora del FER del Caquetá, a pesar de que no respondió a tiempo, y se configuró el silencio administrativo negativo, no se puede decir que la competencia se depositó exclusivamente en la jurisdicción contencioso administrativa para decidir al respecto, antes por el contrario, aquella entidad pública

mantiene la competencia para resolver la petición y obligada a ello de conformidad con las normas antes señaladas.

A continuación, el apoderado recurrente invoca una providencia de esta sección de 14 de septiembre de 1993, de la cual fue ponente la Magistrada Dolly Pedraza de Arenas, y proferida en el expediente número 8217, cuyos apartes pertinentes transcribe a folio 41, en la cual se hace referencia, que durante la vigencia del artículo 135 del C.C.A., antes de la reforma introducida por el Decreto 2304 de 1989 (art. 22), era necesario recurrir por vía administrativa el acto ficto para ocurrir luego a la jurisdicción de lo contencioso administrativa. Pero, con la expedición de dicho decreto se dio al administrado la posibilidad de demandar directamente el acto ficto en relación con la petición inicial o interponer contra el acto los recursos administrativos y proceder a instaurar la acción del caso contra los actos resolutorios de esos recursos o contra los presuntos de resolución de los mismos ante el silencio de la administración. Y que diferente es que el administrado no esté sometido a término alguno en la vía gubernativa para interponer los recursos contra el acto ficto, de conformidad con el inciso 1° del artículo 51 del C.C.A., y que la administración conserve la competencia para pronunciarse hasta cuando se interpongan los recursos, toda vez, que si el administrado decide esperar el pronunciamiento de la administración, es libre de hacerlo, pero si elige la vía jurisdiccional, debe hacerlo con observancia del término de caducidad señalado en el artículo 136 del mismo Código, cerrando así la posibilidad de que la administración se pronuncie, ya que desde el momento en que el administrado pone en funcionamiento el aparato jurisdiccional la administración pierde competencia.

Termina el apoderado recurrente refiriéndose a que el accionante, dentro de la libertad otorgada por el artículo 51 del C.C.A., decidió esperar el pronunciamiento de la administración respecto a la petición elevada para posteriormente demandar, dentro del término legal, el acto administrativo que resolvió la petición. Y el hecho de haberse interpuesto acción de tutela contra el señor Gobernador del departamento del Caquetá en su condición de Presidente de la Junta Administradora del FER no fue con el objeto del revivir términos legales de caducidad, como se afirma en el auto impugnado, sino con el fin de que el juez de tutela ordenara a dicho Presidente cesara en la violación del derecho constitucional de petición. Y, que así las cosas, según la ley y la jurisprudencia traída a colación, se puede acudir a la vía jurisdiccional, bien demandado el acto presunto o ficto causado por el silencio administrativo negativo, o bien demandado el acto resolutorio de la petición, sin importar el término que demore la administración en responder, respetando en uno u otro evento el término de caducidad. Y mal puede pensarse que la acción de tutela se instauró con el propósito de revivir términos legales, por lo que solicita se revoque el auto apelado y se admita la demanda.

### SE CONSIDERA

De conformidad con el artículo 40 del C.C.A., si transcurrido un plazo de tres meses, contado a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que ésta es negativa, dándose así origen al

## SECCION SEGUNDA

silencio administrativo negativo y a un acto ficto o presunto, nacido del primero lo que no eximirá de responsabilidad a la autoridad ni la excusará del deber decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos de la vía gubernativa contra el acto ficto o presunto.

Como bien se analiza en la providencia de la Sección Segunda, traída a colación por el apelante, después de la reforma introducida por el decreto 2304 de 1989 al artículo 135 del C.C.A., el interesado puede demandar directamente el acto ficto nacido de la petición inicial o interponer contra éste los recursos por la vía gubernativa y proceder a instaurar la acción contra los actos resolutorios de dichos recursos o contra los simplemente presuntos si persiste el silencio de la administración. Situación diferente es que el interesado no esté sometido a término alguno para la interposición de los recursos administrativos contra el acto ficto, de conformidad con el artículo 51 del C.C.A., sin estar obligado a esperar el pronunciamiento de la administración, pero si elige la vía jurisdiccional estará sometido al término de caducidad y la administración pierde competencia para pronunciarse.

En autos está demostrado que contra el acto ficto nacido del fenómeno del silencio administrativo negativo ante la petición inicial, el apoderado no interpuso los medios de impugnación que consagra la vía gubernativa ni en la demanda se solicita que se declare que se ha configurado dicho fenómeno ni se impugna el acto ficto o presunto. Y, es más, en criterio de esta Sección se ha considerado que no es indispensable demandar ese acto ficto o presunto sino que es suficiente alegar la configuración del silencio administrativo negativo, sin que ello dé pie para considerar a la demanda viciada de ineptitud sustantiva.

En la demanda se impugna el acto administrativo contenido en el oficio número 0069 de 17 de enero de 1995 (fl. 2), librado por el Gobernador del Caquetá en cumplimiento de una sentencia de tutela proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Florencia a raíz de la acción instaurada, a través de apoderado, por Pastor González Cáceres, hoy demandante. Es decir, que es un acto autónomo y, por lo mismo, demandable, claro está, dentro del término de caducidad, sin necesidad para ello de alegar la configuración del silencio administrativo negativo ni de impugnarse el acto ficto o presunto nacido del mismo.

Como la demanda llena los requisitos formales y fue instaurada dentro del término de caducidad habrá de admitirse previa revocatoria del auto impugnado.

Por lo expuesto, se

### RESUELVE:

1. REVOCASE el auto apelado de 20 de junio de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá y, en su lugar, se admite la demanda instaurada, a través de apoderado, por Pastor González Cáceres, para lo cual, se dispone:

a) Notifíquese personalmente este proveído a la Ministra de Educación Nacional, o a quien haga sus veces;

b) Notifíquese personalmente este proveído al Gobernador del Caquetá, o a quien haga sus veces;

c) Notifíquese personalmente este proveído al agente del Ministerio Público;

d) Fíjese el presente asunto en lista por el término de cinco (5) días, para que la parte demandada o los intervinientes, si los hubiere, puedan contestar la demanda, proponer excepciones y solicitar la práctica de pruebas;

e) Solocítese al correspondiente funcionario, el envío, dentro del término de diez (10) días, de los antecedentes administrativos del acto acusado;

f) No se ordena el depósito a que se refiere el ordinal 4º del artículo 207 del C.C.A., según la modificación introducida por el artículo 46 del Decreto 2304 de 1989, por no haber lugar al mismo por la naturaleza del asunto.

2. TIENESE al doctor Luis Carlos Avellaneda Tarazona como apoderado de Pastor González Cáceres en los términos y para los efectos del escrito visible a folio 1.

3. El Tribunal *a quo* dará cumplimiento a lo dispuesto en los literales: a), b), c), d), e) y f) de este proveído.

4. Devuélvase el presente asunto al Tribunal de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 8 de febrero de 1996.

*Clara Frero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente;, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**PENSION DE VEJEZ - Liquidación/ PENSION DE VEJEZ - Requisitos/ REGIMEN DE TRANSICION - Beneficiarios/ COTIZACION AL ISS/ POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación/ SUSPENSION PROVISIONAL**

La Ley 100 de 1993 en este caso al regular el régimen de transición, prescribió la posibilidad de continuar exigiendo a los futuros beneficiarios de la pensión de vejez, los mismos requisitos de edad y tiempo de servicios contemplados en las normas anteriores, salvo hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementa en dos años el requisito de edad, tanto para el hombre como para la mujer. Contempló igualmente esta ley, que las mujeres que al entrar en vigencia el sistema, tengan 35 o más años de edad, o 40 o más años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, conservan los requisitos establecidos en el régimen anterior, prescribiendo luego la base de liquidación de la pensión. Sin embargo, de la lectura atenta del texto legal, no aparecen en ella incluidos los requisitos que el reglamento acusado exige, tales como los de que son beneficiarios del régimen de transición, que no estaban vinculados a 31 de marzo de 1994, y que también se benefician, si en la última entidad en la cual estuvieren vinculados, cotizaron al ISS. Estos requisitos, no son los exigidos en la ley, y por lo tanto, el reglamento acusado, entra a regular materias y a señalar exigencias por fuera de la norma reglamentada, desbordando en esta forma la facultad reglamentaria, pues en lugar de hacer viable la ley, la dificulta. En otros términos, como la ley no distinguió el régimen de transición, entre trabajadores vinculados y desvinculados, bajo los criterios que expone el reglamento, se estima que el Ejecutivo desbordó sus facultades. La norma reglamentada hace relación entre otros aspectos al tiempo de servicios, o a la suma de las semanas cotizadas en cualquiera de las siguientes entidades, Instituto de Seguros Sociales, Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado. En cambio la norma reglamentaria, cuando se refiere a las cotizaciones, hace referencia exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, limitando en esta forma, la aplicación de la norma superior, para los beneficiarios de la pensión de vejez en el régimen de transición.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero veinte (20) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *María Eugenia Samper Rodríguez*.

Referencia: Expediente número 12.031.

Actor: José Eusebio Orjuela.

Por reunir los requisitos legales, habrá de admitirse la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad instauró el señor José Eusebio Orjuela.

Como en capítulo separado del libelo el actor solicitó la suspensión provisional, a su examen y decisión procede la sala en el siguiente orden:

La norma acusada es el inciso 2 del artículo 3° del Decreto 1160 de 3 de junio de 1994, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 3°. *Régimen aplicable de transición*. Los trabajadores vinculados laboralmente a 1° de abril de 1994, beneficiarios del régimen de transición mantendrán las condiciones de edad, tiempo de servicios o números de semanas cotizadas y monto de las pensiones establecidos en el régimen vigente que se les venía aplicando a 31 de marzo de 1994.

Los trabajadores que no estaban vinculados laboralmente a 31 de marzo de 1994, solamente serán beneficiarios del régimen de transición siempre y cuando en la última entidad en la cual estuvieren vinculados hubieran cotizado al ISS, en cuyo caso mantendrán las condiciones de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de las pensiones establecidos en el régimen vigente en el Instituto a 31 de marzo de 1994.

La norma de orden superior invocada como transgredida, es el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que dispone:

#### **“REGIMEN DE TRANSICION**

La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley.

## SECCION SEGUNDA

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes al momento en que cumplieron tales requisitos.

Parágrafo. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1°) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

Fundamento de la solicitud de suspensión provisional. Lo hace consistir en que los trabajadores que no estaban vinculados laboralmente al 31 de marzo de 1994, solamente son beneficiarios del régimen de transición, siempre y cuando en la última entidad en la cual estuvieron vinculados hubieran cotizado al ISS, manteniendo las condiciones de edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas y monto de las pensiones establecidas en el régimen vigente en el Instituto, a 31 de marzo de 1994 con lo cual se establecen nuevos condicionamientos, no señalados para la efectividad de los derechos consagrados en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

### LA SALA CONSIDERA

La Ley 100 de 1993, vigente a partir del 23 de diciembre de 1993, en su artículo 36, bajo el epígrafe “régimen de transición”, señaló las hipótesis dentro de las cuales podría encontrarse la persona que pretendiera acceder a la pensión de vejez, tales

como edad del beneficiario, tiempo de servicios, número de semanas cotizadas, monto de la pensión, e ingreso base para su liquidación.

En efecto, la Ley 100 de 1993 en este caso al regular el régimen de transición, prescribió la posibilidad de continuar exigiendo a los futuros beneficiarios de la pensión de vejez, los mismos requisitos de edad y tiempo de servicios contemplados en las normas anteriores, salvo hasta el año 2014, fecha en la cual se incrementa en dos años el requisito de la edad, tanto para el hombre como para la mujer.

Contempló igualmente esta ley, que las mujeres que al entrar en vigencia el sistema, tengan 35 o más años de edad, o 40 o más años si son hombres, o 15 años o más de servicios cotizados, conservan los requisitos establecidos en el régimen anterior, prescribiendo luego la base de liquidación de la pensión. Sin embargo, de la lectura atenta del texto legal, no aparecen en ella incluidos los requisitos que el reglamento acusado exige, tales como los de que son beneficiarios del régimen de transición, que no estaban vinculados a 31 de marzo de 1994, y que también se benefician, si en la última entidad en la cual estuvieren vinculados, cotizaron al ISS.

Estos requisitos no son los exigidos en la ley, y por lo tanto, el reglamento acusado, entra a regular materias y a señalar exigencias por fuera de la norma reglamentada, desbordando en esta forma la facultad reglamentaria, pues en lugar de hacer viable la ley, la dificulta. En otros términos, como la ley no distinguió el régimen de transición, entre trabajadores vinculados y desvinculados, bajo los criterios que expone el reglamento, se estima que el Ejecutivo desbordó sus facultades.

De otra parte, la norma reglamentada hace relación entre otros aspectos al tiempo de servicios, o a la suma de las semanas cotizadas en cualquiera de las siguientes entidades, Instituto de los Seguros Sociales, Cajas, Fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado. En cambio la norma reglamentaria, cuando se refiere a las cotizaciones, hace referencia exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, limitando en esta forma, la aplicación de la norma superior, para los beneficiarios de la pensión de vejez en el régimen de transición. En consecuencia la Sala estima que se debe suspender en su totalidad el inciso 2 del artículo 3° del Decreto 1160 de 1994.

En mérito de lo expuesto, la Sección Segunda del Consejo de Estado,

### **RESUELVE:**

**ADMITESE** la demanda presentada por José Eusebio Orjuela.

**NOTIFIQUESE** personalmente la admisión de esta demanda al Ministro de Hacienda y de Crédito Público, y al Ministro de Trabajo y Seguridad Social, haciéndoles entrega de copia de la misma con sus anexos.

**NOTIFIQUESE** personalmente al Procurador Delegado ante la Corporación.

**FIJESE** el asunto en lista por el término y para los efectos previstos en el numeral 5° del artículo 207 del C. C. A.

## SECCION SEGUNDA

SUSPENDESE provisionalmente, el inciso 2 del artículo 3° del Decreto 1160 de 1994.

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

Discutida y aprobada por la Sala en sesión del día 8 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**PERSONAL CARCELARIO Y PENITENCIARIO/ DESTITUCION/ MINISTERIO DE JUSTICIA/ COMPETENCIA/ PROCESO DISCIPLINARIO/ DERECHO DE DEFENSA**

**La sanción disciplinaria se impuso por funcionarios legalmente competentes, previo concepto favorable de tal medida y luego de haberse iniciado y culminado la respectiva investigación conforme a los parámetros legales, por haber incurrido en conducta catalogada como grave. No encuentra la Sala quebranto al derecho de defensa, pues el actor estuvo suficientemente enterado del proceso disciplinario en su contra, participó en él, rindió sus descargos y no hay prueba de negativa a práctica de pruebas.**

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Referencia: Expediente número 5860.

Autoridades Nacionales.

Actor: Antonio José Ríos.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 15 de marzo de 1991, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda incoada por Antonio José Ríos.

**LA DEMANDA:**

En el libelo demandatorio (fls. 2 a 7 cuaderno principal), se pide que se declare la nulidad de la Resolución número 3503 del 2 de agosto de 1983, mediante la cual el Ministro de Justicia destituyó el demandante del cargo de "guardián" de prisiones, grado 2, de la Cárcel Modelo de Bogotá.

Como consecuencia de la nulidad se solicita a título de restablecimiento del derecho el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a otro de igual o

## SECCION SEGUNDA

superior jerarquía, el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones dejados de devengar durante el lapso transcurrido entre la destitución y el reintegro, y que se declare para todos los efectos que no existió solución de continuidad en la prestación del servicio.

Los hechos controvertidos son los siguientes: el demandante durante toda la vigencia de la relación laboral efectuó funciones con eficiencia como lo acredita la hoja de vida, en el último cargo desempeñado como guardián en la cárcel Modelo, el 13 de julio de 1983 se produjo la fuga de los presos Luis Enrique Moreno y Alfonso Leonel Mosquera, quienes habían sido llevados al Juzgado Segundo Superior en Paloquemao bajo la vigilancia del actor, en la investigación respectiva no se probó la responsabilidad o negligencia del demandante, y pese a tales circunstancias se le destituyó, además, en la investigación no se practicaron la totalidad de las pruebas pedidas por el señor Ríos, con lo cual se quebrantó la garantía del debido proceso.

Como normas violadas se invocan: C.N., artículo 2º, 16, 17, 26, 30, C.C.A., artículos 62, 66; Decreto 2400 de 1968, artículos 8º, 9º, 10, 11, 12, 13, 25, 26, Decreto 3074 de 1968; Decreto 1950 de 1973, artículos 30, 105, 107, 125, 130 a 144, 149, 157, 160, 161; Decreto 2655 de 1973, artículos 31 a 69.

### LA SENTENCIA:

El *a quo* denegó las pretensiones, para lo cual adujo: se imputa vicio en el acto de la administración invocando agrupadamente el D.L. 2400 de 1968, D.R. 1950 de 1973; Decreto 1817 de 1964 y Decreto 2655 de 1973; sin que sea labor del juzgador escoger y concretar el precepto violado, máxime, cuando las normas especiales prevalecen sobre las generales; además, en cuanto al quebranto del derecho de defensa no se detallaron los medios de prueba dejados de practicar, ni la forma como se produjo esa vulneración.

### EL RECURSO:

La parte demandante apeló la decisión de primera instancia y aspira a la prosperidad de la súplicas con los siguientes fundamentos: Censura el criterio formalista del Tribunal, porque la competencia de los funcionarios debe analizarse jerárquicamente y no por los enunciados de nombres y apellidos; que al invocar las normas violadas, no se debe exigir un análisis exegético y pormenorizado de las mismas; que peca de formalismo igualmente el Tribunal al exigir el enunciado de las pruebas dejadas de practicar, porque a esta conclusión se llega comparando las pedidas y las practicadas.

### MINISTERIO PUBLICO:

La Procuradora Novena Delegada estima que debe confirmarse la sentencia, por estimar atinadas las consideraciones del Tribunal; en efecto, los Decretos 2400 y 3074 de 1968, y el D.R. 1950 de 1973, regulan la administración del personal civil de la rama ejecutiva, en tanto que la Ley 1817 de 1964, D.R. 2655 de 1973 como normas especiales deben aplicarse preferencialmente al actor como *Personal de Custodia* y

*Vigilancia*; por lo tanto el Tribunal no podía estudiar el “conjunto normativo”; además se invocaron normas que nada tienen que ver con la litis como lo fue el Decreto 2655 de 1973, artículos 31 a 34, que toca el tema de “*Junta de la Carrera Penitenciaria*”.

Que el funcionario competente ordenó la investigación; a folio 48 del cuaderno número 2 el Director de la Cárcel Modelo ordenó al Subdirector la iniciación de la correspondiente investigación, por tanto la investigación y la sanción se cumplieron dentro del marco legal, máxime que obra en el cuaderno número 2, folios 59 a 62, la diligencia de descargos del actor, lo cual indica que no se quebrantó del derecho de defensa, y por último, la sanción impuesta correspondió a una falta catalogada como grave.

### CONSIDERACIONES:

La Sala se ocupará del estudio de los varios motivos de inconformidad de la parte recurrente, así:

a) En cuanto al aspecto relacionado con la competencia del funcionario que profirió el acto administrativo de destitución del actor, se tiene: la Resolución número 3503 de agosto 2 de 1983 (fls. 35 a 37 cuaderno anexo), fue proferida por el señor Ministro de Justicia, funcionario que tiene plena competencia según lo preceptuado en el Decreto 749 de 1975, artículo 1º, por ser el nominador, y lo normado en el Decreto 2655 de 1973, artículo 61. El concepto previo sobre la conveniencia de tal medida sancionatoria se dio en el *sub judice*; así lo prueban el auto número 043 de julio 29 de 1983 proferido por el Director General de Prisiones (fl. 38, cuaderno anexo), el concepto de Vigilancia Carcelaria de julio 28 de 1983 (fls. 41, 42 del cuaderno anexo) y la nota de julio 26 de 1983 suscrita por el Director de la Cárcel (fl. 43, cuaderno anexo); los tres funcionarios reseñados en los tres documentales atrás enunciadas coincidieron en el concepto y recomendación de sanción en el grado de “destitución” para el actor por la fuga de los dos detenidos el 13 de julio de 1983, en hechos relatados por el propio implicado y su compañero (fl.49, cuaderno anexo).

Ahora bien, la investigación pertinente se inició por petición del Director General del establecimiento carcelario, según la nota fechada el 13 de julio de 1983 (fl. 48, cuaderno anexo), y posteriormente la misma siguió su curso normal con el auto que abrió la investigación (fl. 57, cuaderno anexo), otro que decretó pruebas (fl. 58, cuaderno anexo) y con los descargos del demandante (fls. 59 a 62, cuaderno anexo).

Significa lo anterior que la sanción disciplinaria se impuso por funcionario legalmente competente, previo concepto favorable de tal medida y luego de haberse iniciado y culminado la respectiva investigación conforme a los parámetros legales, por haber incurrido en conducta catalogada como grave. (Decreto 2655 de 1973, artículos 35, numeral 4º, 40, 43 numeral 10, 49 numeral 653, 54, 61; Decreto 749 de 1975, artículo 1º, Decreto 1405 de 1964, artículos 107, 123, 133);

b) Como lo analizó el Tribunal y lo comparte la Agencia Fiscal, constituye una realidad la invocación como normas violadas de preceptos que regulan la administra-

## SECCION SEGUNDA

ción de personal civil de la rama ejecutiva; son los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968, al igual que el decreto reglamentario 1950 de 1973, normas que no son de aplicación preferencial frente a disposiciones especiales, por mandato de la Ley 57 de 1887, artículo 5°.

De las normas especiales se invocaron como violadas el Decreto 1817 de 1964, artículos 118 a 132 y el Decreto reglamentario 2655 de 1973, artículos 31 a 69; dada la multiplicidad del articulado que se invoca como quebrantado no le es dable al juzgador seleccionar cuáles son en realidad, máxime que algunos tratan asuntos ajenos al punto en controversia; por vía de ejemplo se cita: El Decreto 1817 de 1964, artículos 118 a 132, trata el REGIMEN DISCIPLINARIO DE PERSONAL; el decreto reglamentario 2655 de 1973, artículos 31 al 34, trata de JUNTA DE LA CARRERA PENITENCIARIA.

En consecuencia, como lo admite la parte recurrente, el escrito de libelo demandatorio no corresponde al ideal en cuanto al capítulo de normas violadas y concepto de violación, circunstancia que repercute en la dificultad del control de legalidad del acto acusado;

c) En cuanto al derecho de defensa, se observa: fue el propio demandante quien informó de los hechos constitutivos de la fuga de dos reclusos bajo su responsabilidad, según nota suscrita por él y su compañero, visible a folio 49 del cuaderno anexo, e inclusive formuló la denuncia penal (folios 73-74, cuaderno anexo), compareció a diligencia de descargos el 18 de julio de 1983 (fls. 59 a 62, cuaderno anexo); y no obra documental que informe que hubiese solicitado tal o cual prueba y la negativa a la práctica de las mismas.

Así las cosas, no encuentra la Sala quebranto al derecho de defensa, pues el actor estuvo suficientemente enterado del proceso disciplinario en su contra, participó en él, rindió sus descargos y no hay prueba de negativa a práctica de pruebas;

d) Por último, el análisis consignado en los literales que anteceden pone de manifiesto que no hubo quebranto de preceptos de rango supralegal y menos legal.

Tampoco se probó que el acto acusado estuviese inspirado en fines distintos del buen y eficiente servicio de vigilancia carcelaria; por tanto, no puede prosperar la petición de nulidad del acto demandado y en tal virtud se negarán las peticiones, como lo hizo la sentencia apelada.

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

### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el quince (15) de marzo de mil novecientos noventa y uno (1991),

mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda, en el juicio adelantado por Antonio José Ríos contra la *Nación-Ministerio de Justicia*.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 8 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Presidente; Joaquín Barreto Ruiz (ausente); Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Myriam C. Viracachá Sandoval, Secretaria (E.).*

**EMPLEADO DE CARRERA/ PERIODO DE PRUEBA/ INSUBSISTENCIA  
- Improcedencia/ DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO/ ACTO  
DE RETIRO DEL SERVICIO - Motivación/ SUSPENSION PROVISIONAL**

El actor ingresó en período de prueba su desvinculación era reglada, esto es, sometida a motivación. Al no haberlo hecho así, el gobernador violó flagrantemente las disposiciones invocadas, relacionadas con la estabilidad en el empleo. El perjuicio causado al actor es evidente pues la declaratoria de insubsistencia por sí misma le ocasiona daños de carácter legal, profesional, económico y moral.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero veintitrés (23) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora*.

Referencia: Expediente número 12802.

Apelación Interlocutorios.

Actor: Orlando Rojas Pinzón.

Decide la Sala de plano el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra el auto del 15 de septiembre de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, por medio del cual negó la suspensión provisional del acto acusado.

Considera el *a quo* que el artículo 152 del C.C.A., claramente determina que si la acción es diferente a la de nulidad, debe demostrarse además de la flagrante violación constitucional o legal, el perjuicio que genera la ejecución del acto, y la insubsistencia por sí misma no constituye prueba. las normas que el actor señala como violadas por el acto acusado no son aplicables al caso controvertido, por cuanto el Decreto 770/88 fue derogado por la Ley 27/92, que modificó todo el régimen de carrera administrativa, previsto en la Constitución de 1991 bajo la cual se expidió el acto administrativo enjuiciado.

El artículo 10 del Decreto 1222/93, establece que quien está en período de prueba será calificado al cabo de 4 meses. Al actor se le nombró el 23 de septiembre de 1994 y su calificación se hizo el 27 de enero de 1995. De otra parte, uno es el régimen aplicable al empleado escalafonado y otro para el empleado que se encuentra en período de prueba.

Concluye El Tribunal que admitir la suspensión provisional de quien es declarado insubsistente, sería darle efectos de cosa juzgada a una medida de carácter precautelativa como es la de la suspensión provisional.

El recurrente sustenta su recurso con el argumento de que el acto demandado constituye prueba sumaria del perjuicio causado, que la declaratoria de insubsistencia del actor no cumplió las formalidades establecidas por el Decreto 770 de 1988, que la calificación fue hecha por funcionario incompetente, pues quien le hizo la calificación no era su jefe inmediato, que el acto no fue motivado como lo exige el artículo 12 del decreto en mención, que todas estas irregularidades hacen que el acto de insubsistencia haya violado normas de carácter constitucional.

#### **SE CONSIDERA:**

En la demanda solicita el actor la nulidad del Decreto número 0291 del 13 de marzo de 1995 por medio del cual el Gobernador del Departamento del Caquetá, declaró insubsistente al actor en el cargo de Profesional Universitario, Código 3015, grado 03.

Como consecuencia de lo anterior y a título de restablecimiento del derecho el reintegro al cargo, o a otro de igual o superior jerarquía, así como el pago de todos los emolumentos y prestaciones dejados de percibir desde el 13 de marzo de 1995 hasta el día en que sea reintegrado.

En oportunidad anterior esta Corporación, como bien lo anota el actor se pronunció respecto de los actos que implican retiro del servicio, y en providencia del 11 de enero de 1994, con ponencia del Consejero doctor Joaquín Barreto Ruiz, expediente 8252, actor: Rubaldo Antonio Pérez Miranda, dijo:

“Hoy la Sala debe precisar dicha jurisprudencia, distinguiendo la suspensión provisional de los actos administrativos de remoción de funcionarios escalafonados en carrera, de los de desvinculación de empleados de libre nombramiento y remoción.

A juicio de la Corporación procede la suspensión provisional, cuando se remueve a un empleado escalafonado en carrera, mediante un acto administrativo que carece de motivación que permita inferir razonablemente que para su expedición se observaron los procedimientos legales; lo anterior, teniendo en cuenta que la estabilidad del funcionario de carrera se presume pues tiene su fuente en la Constitución Política, estabilidad que sólo puede ser quebrada por la ocurrencia de cualquiera de las causales de retiro del servicio previstas para esta clase de servidores, debidamente establecida conforme a derecho. Y como la estabilidad del empleado de carrera se presume debe

## SECCION SEGUNDA

concluirse que suspendido el acto de remoción readquiere vigencia el vínculo que tenía con la administración, sin necesidad de la expedición del acto administrativo que así lo disponga; contrario cense de lo que acontece con la remoción de un funcionario no amparado por estabilidad, evento en el que precisamente por ostentar tal carácter, la mera suspensión provisional del acto administrativo que desvincula al empleado no tiene la virtualidad de incorporarlo nuevamente a su empleo anterior, requiriéndose para ello orden judicial o nueva disposición de la autoridad nominadora”.

El análisis que corresponde al juzgador para resolver si decreta la medida, ha de limitarse al examen de los planteamientos y normas que sirven de sustento a la solicitud, sin que sea factible referirse o adentrarse en el examen de aquéllos argumentos de fondo que contiene la demanda o llevar a cabo oficialmente la búsqueda de las disposiciones y artículos que regulan los aspectos debatidos.

En el presente caso la parte interesada cita dentro de las normas violadas la Ley 27 de 1992, artículo 9º, en cuanto a que el acto administrativo de retiro del servicio no se motivó como lo exige esa norma, y por tanto es anulable en virtud de haberse expedido en forma irregular.

El acto acusado es la Resolución número 0391 del 13 de marzo de 1995, por la cual se declara insubsistente un nombramiento, sin motivación o explicación de ninguna clase (fl. 23). El nombramiento en provisionalidad del actor, contenido en la Resolución número 1484 del 23 de septiembre de 1994, en sus considerandos, inciso segundo, determina: “Que el Departamento del Caquetá llamó a concurso abierto, mediante Convocatoria número 023 del 31 de agosto de 1994, para proveer el cargo de *profesional universitario*, Código 3015, Grado 03, empleo que es de carrera administrativa” (fl. 8).

Por ende, como el actor ingresó en período de prueba su desvinculación era reglada, esto es, sometida a motivación.

Al no haberlo hecho así el gobernador, violó flagrantemente las disposiciones invocadas, relacionadas con de estabilidad en el empleo. El perjuicio causado al actor es evidente pues la declaratoria de insubsistencia por sí misma le ocasiona daños de carácter legal profesional, económico y moral.

En efecto, no debe olvidarse que la Carta Política de 1991 le dio una gran importancia y reforzó la protección al sistema de Carrera Administrativa, como pilar de la eficiencia y profesionalización de la función pública.

Sin embargo, aún haciendo caso omiso de lo relacionado con la calificación este aspecto, que puede ser materia de fondo del asunto, lo cierto es que al acto acusado no cumplió el requisito de ser motivado como lo prevé la norma.

Encuentra la Sala entonces, que sí se dio la manifiesta violación de las normas de Carrera Administrativa invocadas por el actor, como también el perjuicio irrogado por la expedición del acto acusado, por manera que la providencia apelada deberá ser revocada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

**RESUELVE:**

1. REVOCASE el auto del cinco (5) de septiembre de mil novecientos noventa y cinco (1995), proferido por el Tribunal Administrativo del Caquetá, mediante la cual negó la suspensión provisional del Decreto número 0391 del 13 de marzo del mismo año, expedido por el Gobernador del Departamento del Caquetá.

2. En su lugar, DECRETASE LA SUSPENSION PROVISIONAL del Decreto número 0391 del 13 de marzo de 1995, expedido por el Gobernador del Departamento del Caquetá, por medio del cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Orlando Rojas Pinzón, como Profesional Universitario, Código 3015, Grado 03.

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

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 8 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro*, Presidente.

*Joaquín Barreto Ruiz*, (ausente); *Alvaro Lecompte Luna*, *Carlos A. Orjuela Góngora*, *Dolly Pedraza de Arenas*, *María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnipar Ramos*, Secretaria.

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera providencia de 11 de enero de 1994, Consejero Ponente Dr. Joaquín Barreto Ruiz. Expediente No. 8252.

## **INSUBSISTENCIA/ DESVIACION DE PODER/ TRASLADO/ VACANCIA DEL CARGO - Inexistencia**

No hay duda alguna que el actor al producirse su retiro del Idema, era un empleado público, según los estatutos anexos y no gozaba de una relativa estabilidad en el cargo que desempeñaba, pues no se hallaba en carrera administrativa, o sea, era de libre nombramiento y remoción pero, en el caso *sub lite* no puede sostenerse que hubo traslado del actor porque no estaba vacante el cargo para el cual fue ubicado como Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón, pues allí se encontraba al frente de él el señor Eduardo Junguito Bonett. El Idema al ubicar al demandante en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón, no lo hizo en aras del buen servicio, pues las funciones que debería ejercitar el demandante en este cargo no las podía desarrollar a cabalidad, con resultados halagüeños, porque no tenía los conocimientos indispensables para ella como tampoco la práctica respectiva. El actor manifestó su inconformidad con tal decisión e hizo las reclamaciones correspondientes y debido a éstas, la administración procedió a prescindir de sus servicios y ello no lo hizo en busca de un buen servicio, configurándose así, la desviación de poder alegada en el libelo. Hay una relación de causalidad notoria entre el acto administrativo que ubicó al actor en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo en Fontibón y el acto administrativo que lo desvinculó del servicio oficial.

## **TRASLADO/ INSUBSISTENCIA/ ACTO ACUSADO - Determinación/ POSESION DEL CARGO - Inexistencia**

Es preciso caer en la cuenta de que la administración también obró ilegalmente al declarar insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero, Dirección Regional número 4º lugar Fontibón, pues de este cargo no tomó posesión el demandante, de acuerdo con las probanzas allegadas al proceso. Pero como el acto demandado de insubsistencia fue el que causó perjuicios al actor y es ilegal, la acción fue dirigida correctamente por la parte actora.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., febrero veintiocho (28) de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Jaime Mossos Guarnizo*.

Radicación número 5203.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Juan Hermes Martínez Rodríguez.

Conoce la Sala de Conjuces del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, del 27 de abril de 1990, en virtud de haberse declarado impedidos todos los Magistrados Titulares de la Sección Segunda, doctores *Joaquín Barreto Ruiz, Diego Younes Moreno, Clara Forero de Castro, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Alvaro Lecompte Luna y Dolly Pedraza de Arenas*, y después de haberse surtido el trámite contemplado en la ley, por haber participado en la elección del actor para el cargo de Abogado Asistente de la Sección.

### ANTECEDENTES

Por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A., el doctor Juan Hermes Martínez Rodríguez, impetró la nulidad de la Resolución número 013669 de 12 noviembre de 1986, expedida por el Gerente General del Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, mediante la cual se declaró la insubsistencia de su nombramiento como Jefe del Departamento Administrativo y Financiero, Dirección Regional número 4, lugar Fontibón del citado Instituto, a partir de la fecha de su notificación. A título de restablecimiento del derecho, solicitó se le reintegrara al cargo de Jefe de División II, Oficinas Centrales con sede en Bogotá que desempeñaba en el momento de la desvinculación del servicio o a otro de igual o superior categoría, y como consecuencia, se condenara al Idema a pagar a su favor todos los sueldos dejados de percibir en su calidad de Jefe de División II, desde el 14 de noviembre de 1986 hasta cuando se produzca su reintegro, incluyendo aumentos salariales, primas, bonificaciones, vacaciones, sobresueldos, gastos de representación y demás emolumentos a que tuviere derecho, ajustados tomando como base el índice de precios al consumidor o al por mayor.

Expone el actor, por intermedio de su apoderado, que ingresó al Idema, bajo relación legal y reglamentaria en el cargo de Jefe de la Sección de Prestaciones Sociales del Instituto el 20 de agosto de 1979, después promocionado al cargo de Jefe de Oficina Jurídica encargado, reclasificado como Jefe de Unidad de Asuntos Laborales y Penales, después Jefe de División de Investigaciones Administrativas, Jefe de División II, Investigaciones Administrativas y Laborales; todos los cargos en el área jurídica y estando prestando sus servicios en el cargo de Jefe de División II, Investigaciones Administrativas y Asuntos Laborales, sin haber sido sancionado y haber laborado en

## SECCION SEGUNDA

forma eficiente, fue notificado el 10 de noviembre de 1986 de un "traslado" intempestivo reclasificándole al cargo de Jefe de Departamento y trasladándolo en condiciones de trabajo inferiores a la Regional de Fontibón, implicando una desmejora en categoría del cargo que desempeñaba en la Oficinas Centrales de Bogotá, con funciones diferentes a las jurídicas, pues le correspondía revisar documentos del área administrativa, elaboración de presupuestos, control de libros y asientos contables, es decir, en asuntos no relacionados con el derecho, sobre los cuales no tenía conocimientos ni experiencia.

Manifiesta además el actor, que el 12 de noviembre de 1986, pidió revocatoria del traslado ante la Subgerencia Administrativa y en subsidio apelación ante la Gerencia General, recursos que no fueron resueltos y en cambio de éstos procedió la Gerencia General a declarar la insubsistencia de su nombramiento como Jefe de Departamento, sin haber tomado posesión de este último cargo.

Sostiene además, el demandante, que desempeñó funciones eficientes en el Instituto por más de siete (7) años, habiendo sido objeto de diferentes reconocimientos y seleccionado para diversos cursos de capacitación.

### LA SENTENCIA APELADA

El *a quo* mediante la sentencia apelada, accedió a las pretensiones de la demanda como se puede apreciar a los folios 151 a 153 del expediente, acogiendo el concepto emitido por el señor Agente del Ministerio Público, es decir, por haberse configurado la desviación del poder, porque el actor fue desmejorado de categoría, en el cargo, pues fue pasado a otro inferior y al darse cuenta la administración de su error fue declarada la insubsistencia de su nombramiento y fue removido de un cargo que no desempeñó; hubo irregularidad en el traslado porque éste opera en forma horizontal (funciones afines y misma categoría), pero en este caso las funciones son diferentes y su remuneración también distinta, desmejorándolo. Además sostiene el Tribunal que hubo abuso y desviación de poder, pues la administración no podía declarar insubsistente el nombramiento del actor de un cargo del cual no se había posesionado y lo hizo como retaliación por las reclamaciones hechas contra el acto que lo ubicó en Fontibón en un cargo que no estaba vacante.

### EL RECURSO

Al sustentarse el recurso el recurrente fundamenta el cargo contra la sentencia en mención en que el Tribunal dio por probado, sin estarlo, el abuso y desviación de poder alegado en el libelo, al desvincular al actor de la administración, pues el traslado hecho al demandante del cargo de Jefe de División II, de Investigaciones Administrativas y Asuntos Laborales al de Jefe del Departamento Administrativo y Financiero de la Regional número 4 del Idema en Fontibón, lo hizo por el representante legal de la Institución, con los requisitos legales, sin retaliación alguna, sin desmejorarlo y buscando razones de buen servicio, siendo el actor un empleado no escalafonado en carrera administrativa podía efectuar el traslado, sin solemnidad alguna, comunicándole sencillamente tal decisión, estando el empleado obligado a acatarla.

Agrega el recurrente que no hubo desmejora del demandante al efectuarse dicho traslado y al reclasificarlo, pues la reclasificación es una clase de novedad empleada para el manejo de personal que resulta de la modificación del cargo de funcionario, horizontalmente, sin afectar su asignación y es de uso cotidiano en la administración, pues así como perfectamente el Gerente General del Idema, puede promocionar o ascender a un empleado, también puede reclasificar a un funcionario a otro empleo debidamente creado.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La representante del Ministerio Público, después de tener en cuenta las pruebas aportadas, estima que la administración al producir el retiro del actor no fue por mejora del servicio público, pues si así hubiera sido, no lo habría desmejorado en sus condiciones laborales para luego proceder a declarar insubsistente su nombramiento, “saltando a la vista que el acto acusado fue expedido no en procura del buen servicio sino como represalia por los recursos interpuestos por el demandante contra el acto que consideraba lesivo de sus intereses”, quedando así afectado en nulidad el acto demandado, por desviación de poder. Por otra parte, considera que no habiendo tomado posesión el actor del cargo de Jefe de Departamento en Fontibón, la declaratoria de insubsistencia ha debido recaer sobre el empleo de Jefe de División II, en la Subgerencia Administrativa, División de Investigaciones Administrativas y Asuntos Laborales. Concluye que el retiro del actor de la Administración no se hizo por necesidades del servicio sino por móviles recónditos y ocultos.

Rituada la segunda instancia, y no observándose causal alguna de nulidad, se procede a decidir, previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

En el caso *sub judice*, no hay duda laguna que el actor, al producirse su retiro del Idema, era un empleado público, según los estatutos anexos y no gozaba de una relativa estabilidad en el cargo que desempeñaba, pues no se hallaba en carrera administrativa, o sea, era de libre nombramiento y remoción.

A pesar de no gozar el actor de una relativa estabilidad en el cargo que desempeñaba, la parte actora considera que se quebrantó la ley por el acto acusado, por haberse configurado el abuso y desviación de poder al dictarse el acto administrativo que lo separó de la administración, porque se efectuó el “traslado” del demandante en forma ilegal, al ser desmejorado en sus condiciones de trabajo, pues se le ubicó en un cargo inferior en categoría y remuneración.

La Sala, está de acuerdo con la representante del Ministerio Público en esta segunda instancia y con lo sostenido en la demanda, pues en efecto, de acuerdo con los testimonios recibidos de Ligia Fernanda Villota Rojas, Rosa Consuelo de la Cruz de Delgado y Jaime Augusto Castillo Farfán, el organigrama visible al folio 62, y la documental que obra a los folios 56 y 57, hubo desmejora para el actor, al producirse su ubicación como Jefe de Departamento del Idema en Fontibón, pues el cargo que des-

## SECCION SEGUNDA

empeñó de Jefe de División II en la Subgerencia Administrativa, es superior en categoría y remuneración al de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en la Regional número 4 - Fontibón, pues el primero estaba integrado por dos secciones (la laboral y la de investigaciones) y el actor era el Jefe de ambas y llevaba todos los procesos laborales, atendía las investigaciones administrativas, atendía las demandas ante la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, prestaba asesoría a los abogados que estaban bajo su dirección en las dos secciones, prestaba asesoría en las oficinas centrales del Instituto demandado, mientras que como Jefe del Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón, era éste inferior en categoría y remuneración, pues así lo establece el organigrama de la entidad que se encuentra allegado al proceso; también la remuneración básica como Jefe de División II, en las Oficinas Centrales le correspondía un salario de ciento treinta y tres mil ochocientos pesos (\$133.800.00), mientras que como Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón tan sólo de ochenta y dos mil ochocientos cincuenta pesos (\$82.850.00). Además, el demandante, en las Oficinas Centrales de Bogotá, tenía funciones de orden jurídico, mientras que como Jefe de Departamento Administrativo y Financiero de Fontibón, eran completamente distintas y de orden Administrativo y Financiero sobre las cuales no tenía conocimientos y experiencia.

Como Jefe de la División II de la Subgerencia Administrativa en las oficinas centrales, desempeñó el actor sus funciones con eficiencia y mientras allí laboró, participó en algunos cursos efectuados y donde recibió felicitaciones y reconocimientos por parte del Instituto de Mercadeo Agropecuario, mientras que donde fue ubicado en el Departamento Administrativo y Financiero, el actor nada tenía que ver en asuntos de carácter laboral y disciplinario de los cuales no tenía conocimientos y experiencia.

No puede sostenerse que la Administración obró con un criterio de buen servicio al efectuar la ubicación del actor en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón, sabiendo que el demandante no tenía los conocimientos y experiencia requeridos para el desempeño mejor de ese cargo, conocimientos y experiencia que sí los tenía en el cargo que desempeñó como Jefe de División II en las Oficinas Centrales de Bogotá, como puede apreciarse en las pruebas aportadas al proceso.

De acuerdo con éstas, al producirse el retiro del actor de la División II, sobrevino un trauma en el funcionamiento de tal cargo, al no haber sido designada una persona idónea para tal cargo.

El artículo 29 del Decreto 1950 de 1973, define el traslado en los siguientes términos: "Se produce el traslado cuando se provee con un empleado en servicio activo, un cargo vacante definitivamente, con funciones afines al que desempeña, de la misma categoría y para el cual se exijan requisitos mínimos similares".

En el caso *sub judice*, no puede sostenerse que hubo traslado del actor porque no estaba vacante el cargo para el cuál fue ubicado como Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón, pues allí se encontraba al frente de él el señor Eduardo Junguito Bonett, según el testimonio de Ligia Villota Rojas, para el cuál

se requiere un profesional en funciones afines al que desempeñaba el actor como Jefe de División II en las Economía, Administración de Empresas, Contaduría o Ingeniería Industrial; allí no tenía funciones afines a las que desempeñaba el actor como Jefe de División II en las Oficinas Centrales, ni era de la misma categoría y remuneración, por lo cual se quebrantó la norma en mención.

El artículo 29 del Decreto 1950 de 1973 también contempla como traslado “cuando la Administración hace permutas entre empleados que desempeñan cargos de funciones afines o complementarios, que tengan la misma categoría y para las cuales se exijan requisitos mínimos similares para su desempeño”. Pero tampoco puede configurarse esta modalidad de traslado en el caso presente, pues no se hizo por la Administración esa permuta con otro empleado con funciones afines o complementarias, con la misma categoría y para la cual se exijan requisitos mínimos similares.

Pues bien, se observa que el Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, al ubicar al demandante en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón, no lo hizo en aras del buen servicio, pues las funciones que debería ejercitar el demandante en este cargo no las podía desarrollar a cabalidad, con resultados halagüeños, porque no tenía los conocimientos indispensables para ella como tampoco la práctica respectiva. El actor manifestó su inconformidad con tal decisión e hizo las reclamaciones correspondientes y debido a éstas, la Administración procedió a prescindir de sus servicios y ello no lo hizo en busca de un buen servicio, configurándose así, la desviación de poder alegada en el libelo. Hay una relación de causalidad notoria entre el acto administrativo que ubicó al actor en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero en Fontibón y el acto administrativo que lo desvinculó del servicio oficial.

Por otra parte, es preciso caer en cuenta que la Administración también obró ilegalmente al declarar insubsistente el nombramiento del demandante en el cargo de Jefe de Departamento Administrativo y Financiero, Dirección Regional número 4, lugar Fontibón, pues de este cargo no tomó posesión el demandante, de acuerdo con las probanzas allegadas al proceso.

Pero como el acto demandado de insubsistencia fue el que causó perjuicios al actor y es ilegal, la acción fue dirigida correctamente por la parte actora.

De acuerdo con lo anterior, se concluye que en el caso presente se configuró y probó una desviación de poder, porque al proferirse el acto administrativo demandado no se obró en procura de un buen servicio, por lo cual se encuentra viciado de nulidad.

Por lo expuesto, la Sala de Conjuces del Consejo de Estado, integrada en este proceso, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA:**

1. CONFIRMASE la sentencia apelada proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca el día 27 de abril de 1990.

## SECCION SEGUNDA

2. Se adiciona el fallo citado en el sentido de ordenar, descontar de las sumas a que se condena al Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, a pagar a favor del actor, aquellas que hubiere recibido éste del Tesoro Público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

*Cópiese, notifíquese, publíquese en los Anales del Consejo de Estado y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.*

El anterior proyecto fue leído, estudiado y aprobado por la Sala de Conjuces en sesión celebrada el día veintiocho (28) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Pedro Charria Angulo, Alvaro Díaz-Granados Goenaga, Javier Díaz Bueno, (ausente); Gaspar Caballero Sierra, (ausente); Enrique Conti Bautista, Jaime Mossos Guarnizo.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**EMPLEADO DEL SENA - Régimen aplicable/ SUSTITUCION PENSIONAL/  
PENSION DE SOBREVIVIENTES - Incompatibilidad/ DOBLE ASIGNA-  
CION DEL TESORO - Improcedencia/ CARGA PRESTACIONAL - Sustitución/ ISS/ SENA**

Los servidores del SENA en virtud de lo estatuido en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público, establece la ley. De acuerdo con lo anterior, para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación a los servidores del SENA, les son aplicables las normas del Decreto 3135 de 1968, sustituidos por la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1° se prevé que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual y vitalicia equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Por otra parte, en virtud de lo estatuido en el artículo 127 del Decreto 2464 de 1970 y en el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978 dichos servidores continuaron afiliados al Instituto de Seguros Sociales, instituto que de conformidad con el artículo 1° de la Ley 90 de 1946, cubre entre otros riesgos, el de vejez, que según lo normado en el artículo 76 *ejusdem*, reemplaza la pensión de jubilación y se adquiere cuando el asegurado reúna los siguientes requisitos: 60 años o más de edad si es varón y 55 ó más si es mujer y un mínimo de 500 semanas de cotización pagados durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 100 semanas en cualquier tiempo (art. 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, contentivo del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte). De la comparación de los dos regímenes a que se ha hecho referencia, se infiere que los servidores varones del SENA, regulados por el régimen jurídico aplicable a la rama ejecutiva del poder público adquieren el derecho a percibir pensión de jubilación, al satisfacer los requisitos de los 20 años de servicio y 55 de edad, en tanto que los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, alcanzan el derecho a la pensión de vejez, que equivale a la jubilación, a los 60 años. Significa lo anterior que, no obstante que los servidores del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros So-

## SECCION SEGUNDA

ciales, dicho establecimiento, tiene la obligación legal de reconocer a sus servidores la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobiernan a los empleados públicos en general, ya que el Instituto de Seguros Sociales, por virtud de su afiliación a él, sólo les reconoce, a los 60 años, la pensión de vejez. Pero cuando el Instituto asume el riesgo de vejez, sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y en consecuencia el goce de la pensión de jubilación en estos casos es incompatible con la pensión de vejez. Pero como ya se vio que según voces del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el seguro de vejez a que ella se refiere, reemplaza la pensión de jubilación, se hacen incompatibles entre sí los dos reconocimientos, pues resulta improcedente que simultáneamente la demandante goce de sustitución de su cónyuge de la pensión de jubilación que le reconoció la entidad empleadora y la de sobrevivientes reconocida por el Instituto, es decir, que por una misma causa perciba dos veces la misma prestación. La decisión adoptada por el SENA en las resoluciones demandadas, de descontar el valor de la pensión que fue reconocida a la accionante, el monto de que por medio de la Resolución 1433 de 1987, le reconoció el Instituto de Seguros Sociales a partir del 13 de septiembre de 1986, quedando a cargo de la entidad demandada únicamente el excedente de la suma que por tal concepto le pagaba a la señora Isabel Giraldo de Díaz, se ajusta a derecho. Si la pensión de sobrevivientes que reconoció a la actora el Instituto de Seguros Sociales devino de la relación laboral de su cónyuge con el SENA, al asumirla sustituyó en su obligación a éste, y por lo tanto el goce de las dos resulta incompatible, excepto de la porción en que el SENA estaba en la obligación de completarla hasta alcanzar el valor a que por ley tenía derecho.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo 4 de 1996.

Consejera Ponente: *Doctora Dolly Pedraza de Arenas.*

Radicación número 8894.

Referencia: Autoridades nacionales. Apelación sentencia.

Actor: Isabel Giraldo de Díaz.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 18 de junio de 1993 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C.

### LA DEMANDA

Por intermedio de procurador judicial y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la señora Isabel Giraldo de Díaz, solicitó al tribunal declarar la nulidad de las Resoluciones números 1436 del 13 de septiembre de 1987 y

0196 del 2 de marzo de 1988, originarias del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, por las cuales se ordenó compartir entre esta entidad y el Instituto de Seguros Sociales la sustitución pensional reconocida a su favor por la Resolución número 0210 de 27 de febrero de 1987, en la proporción allí señalada.

Igualmente impetra que se declare que se le ha negado el derecho a disfrutar de la pensión plena de jubilación por haber reunido los requisitos contemplados en la Ley 12 de 1975 y en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969 y que a título de restablecimiento del derecho se ordene al SENA reintegrarle las sumas descontadas mensualmente sobre el valor de cuarenta y nueve mil setenta y seis pesos (\$49.076.00) moneda corriente, equivalente al 50% del monto total de la pensión que en sustitución del señor Héctor Manuel Díaz Mayorga se le reconoció desde el 13 de diciembre de 1986, más los ajustes de valor de que trata el artículo 178 del C. C. A.

Relata la accionante que mediante Resolución 0210 del 27 de febrero de 1987 del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, en calidad de beneficiario se sustituyó a su favor y al de su hijo Carlos Alberto Díaz Giraldo, una pensión mensual de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos por el señor Héctor Manuel Díaz Mayorga en el último año de servicios prestados a dicha entidad -13 de septiembre de 1985 al 12 del mismo mes de 1986- prestación que fue liquidada en noventa y ocho mil ciento cincuenta y dos pesos (\$98.152.00) moneda corriente, correspondiéndole a cada beneficiario el 50% de este valor; que por medio de la Resolución 01433 de 27 de agosto de 1987 el Instituto de Seguros Sociales le reconoció una prestación económica de sobreviviente por valor de treinta y seis mil cuatrocientos cinco pesos (\$36.405.00) moneda corriente y que por los actos acusados el SENA ordenó, a partir del 13 de septiembre de 1986, compartir entre dicho establecimiento público y el Instituto de Seguros Sociales la sustitución pensional que le había reconocido por la Resolución 0210 de 1987 y solicitar al mencionado Instituto la transferencia de los valores que por concepto de sustitución pensional se le hubieren reconocido, desde el 13 de septiembre de 1986.

### LA SENTENCIA

El tribunal del conocimiento negó las súplicas de la demanda, aduciendo que los actos acusados se ajustan a derecho porque no es dable cancelar a la demandante en calidad de sustituta del señor Héctor Manuel Díaz Mayorga, la pensión de sobreviviente por parte del Instituto de Seguros Sociales y la de jubilación por parte del SENA, porque es incompatible percibir simultáneamente esas dos prestaciones, que son de idéntico alcance y significación, de modo, que únicamente el SENA está obligado a pagar a la actora la diferencia del valor que resulte entre la suma que por razón de la sustitución en la pensión de jubilación le paga el SENA y la pensión de sobreviviente que le cancela el Instituto de Seguros Sociales.

### EL RECURSO

Tras formular críticas a la sentencia no sólo por estimar que algunos de sus apartes son incoherentes, sino por los errores ortográficos y de sintaxis que contiene,

## SECCION SEGUNDA

la apelante indica que requirió del SENA la sustitución de la pensión de jubilación del señor Héctor Manuel Díaz Mayorga porque se daban los presupuestos previstos en el artículo 27 del Decreto 3135 de 1968 y la Ley 12 de 1975; y que por cumplir con los requisitos contemplados en el Acuerdo 0244 aprobado por el Decreto 3041 de 1966, solicitó al Instituto de Seguros Sociales la prestación económica de sobrevivientes; que no hay base jurídica para afirmar que esta última es equivalente a la pensión de jubilación, por lo cual el SENA no podría restar una de la otra, bajo la infundada facultad que en autos se atribuyó para compartir.

Igualmente señala que no se da la incompatibilidad prevista en el artículo 64 de la Constitución Política de 1886, para recibir simultáneamente ambas pensiones, porque la nueva Constitución al determinar que nadie podrá desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación del tesoro público, estableció “una causalidad” (fl. 182).

Surtido el trámite de la segunda instancia, se procede a decidir, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

La demandante pretende que se declare la nulidad de los actos acusados, porque de conformidad con el ordenamiento jurídico, puede recibir simultáneamente el 50% del valor de la pensión de jubilación correspondiente a su extinto esposo, el cual le fue reconocido por sustitución por el SENA, en virtud de que aquél en el momento de su deceso reunía los requisitos previstos en la Ley 12 de 1975 que establece que cuando el trabajador público fallece antes de cumplir la edad cronológica para acceder a dicha prestación, pero ha completado el tiempo de servicio consagrado para ello en la ley, debe reconocerse ésta a sus beneficiarios y el valor de la prestación de sobrevivientes del ISS en la misma proporción -50%- , por darse las condiciones señaladas en el Decreto 3041 de 1966 para acceder a ella.

Alega que de tal suerte, la decisión del SENA contenida en tales actos, en el sentido de que éste sólo le cancelará la diferencia existente entre lo que inicialmente le reconocía por concepto de pensión de jubilación y lo que el Instituto de Seguros Sociales le paga por la razón aludida, es contraria a derecho.

Los servidores del SENA en virtud de lo estatuido en el artículo 126 del Decreto 2464 de 1970, tienen derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la rama ejecutiva del poder público, establece la ley.

De acuerdo con lo anterior, para efecto del reconocimiento de la pensión de jubilación a los servidores del SENA, le son aplicables las normas del Decreto 3135 de 1968, sustituidos por la Ley 33 de 1985, en cuyo artículo 1° se prevé que el empleado oficial que sirva o haya servido veinte años continuos o discontinuos y llegue a la edad de 55 años tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual y vitalicia equivalente al 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

Por otra parte, en virtud de lo estatuido en el artículo 127 del Decreto 2464 de 1970 y en el artículo 35 del Decreto 1014 de 1978, dichos servidores continuaron afiliados al Instituto de Seguros Sociales, Instituto que de conformidad con el artículo 1° de la Ley 90 de 1946, cubre entre otros riesgos, el de vejez, que según lo normado en el artículo 76 *ejusdem*, reemplaza la pensión de jubilación y se adquiere cuando el asegurado reúna los siguientes requisitos: 60 años o más de edad si es varón y 55 o más si es mujer y un mínimo de 500 semanas de cotización pagados durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 100 semanas en cualquier tiempo (artículo 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de ese mismo año, contentivo del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte).

De la comparación de los dos regímenes a que se ha hecho referencia, se infiere que los servidores varones del SENA, regulados por el régimen jurídico aplicable a la rama ejecutiva del poder público, adquiere el derecho a percibir pensión de jubilación, al satisfacer los requisitos de 20 años de servicio y 55 de edad, en tanto que los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, alcanzan el derecho a la pensión de vejez, que equivale a la jubilación, a los 60 años.

Significa lo anterior que, no obstante que los servidores del SENA se hallen afiliados al Instituto de Seguros Sociales, dicho establecimiento, tiene la obligación legal de reconocer a sus servidores la pensión de jubilación cuando cumplan los requisitos a que se refieren las disposiciones que gobierna a los empleados públicos en general, ya que el Instituto de Seguros Sociales, por virtud de su afiliación a él, sólo les reconoce, a los 60 años, la pensión de vejez.

Pero cuando el Instituto asume el riesgo de vejez, sustituye al SENA en su obligación de reconocer la pensión de jubilación y en consecuencia el goce de la pensión de jubilación en estos casos es incompatible con la pensión de vejez.

De otra parte, como la Ley 12 de 1975 que estableció la sustitución pensional en favor de la esposa o compañera permanente y de sus hijos menores, tanto de los trabajadores particulares como de los empleados oficiales, que fallezcan antes de cumplir la edad cronológica para acceder a dicha prestación, si han cumplido el tiempo de servicio consagrado en la ley, en el *sub lite* surgió la obligación de efectuar la sustitución pensional del señor Héctor Manuel Díaz Mayorga, en favor de las personas, que en términos de la ley, ostentaban ese derecho.

Fue así como el SENA bajo la consideración de que el señor Díaz Mayorga, quien falleció a los 52 años de edad, había prestado sus servicios al Estado por un lapso de 20 años 3 meses y 20 días, por medio de la Resolución 0210 de 27 de febrero de 1987, reconoció y ordenó pagar en favor de la demandante, en su calidad de cónyuge sobreviviente del causante y de su hijo menor de edad Carlos Alberto Díaz Giraldo, la pensión de jubilación, correspondiéndole a la viuda el 50%.

Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales, ante la solicitud de la accionante por medio de la Resolución 1433 de 27 de agosto de 1987 (fls. 8 y 9), le concedió la

## SECCION SEGUNDA

pensión de sobrevivientes, que conforme al Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y muerte (Acuerdo 224 y Decreto 3041 de 1966) es igual al 50% de la pensión de vejez que le habría correspondido al causante al momento del fallecimiento.

Pero como ya se vio que según voces del artículo 76 de la Ley 90 de 1946, el seguro de vejez a que ella se refiere, reemplaza la pensión de jubilación, se hacen incompatibles entre sí los dos reconocimientos, pues resulta improcedente que simultáneamente la demandante goce por sustitución de su cónyuge de la pensión de jubilación que le reconoció la entidad empleadora y la de sobrevivientes reconocida por el Instituto, es decir, que por una misma causa perciba dos veces la misma prestación.

Ello además contraría la prohibición contenida en el artículo 64 de la anterior Carta Política, el artículo 128 de la actual y el artículo 32 del Decreto 1042 de 1978, como lo precisó la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el concepto de 18 de marzo de 1983, Consejero Ponente, doctor Oswaldo Abello Noguera, radicación 1828, en el cual se dijo.

“Esta peculiar situación jurídica frente al régimen prestacional de los servicios del sector público, con todos los efectos que implica la asimilación al régimen de los trabajadores particulares, evidencia de plano una incompatibilidad entre uno y otro régimen, que excluye, desde luego, la posibilidad de que en determinado momento, un ex funcionario del SENA reciba dos pensiones, reconocida una por este establecimiento público y la otra por el Instituto de Seguros Sociales. (Como excluiría también cualquier pago conjunto por las dos entidades o subrogación de una en la obligación prestacional de la otra).

Lo expuesto se corrobora por el artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo que dispone que las pensiones de jubilación dejarán de estar a cargo de los patrones cuando el riesgo correspondiente sea asumido por ISS de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo Instituto. Sólo que en el caso de las entidades públicas, al asumir el ISS el riesgo de vejez, sustituye su obligación de reconocer a sus empleados pensión de jubilación al cabo de una edad y de un tiempo de servicio prescritos por la ley.

El derecho a la pensión de invalidez de dichos trabajadores está condicionado al cumplimiento de los requisitos de los artículos 5° y siguientes del Acuerdo número 224 de 1966, expedido por el ISS, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, al de los del artículo 11 y siguientes el derecho a la pensión de vejez y al del artículo 20 el derecho a pensión de sobrevivientes.

Como beneficiarios de los seguros sociales obligatorios y por lo tanto con derecho al reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas y de salud, en la extensión y condiciones de su afiliación al ISS, los empleados y trabajadores del SENA, según lo dispone el artículo 126 del Decreto número 2464 de 1970, por el cual se aprueba el Estatuto de Personal del Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA tienen

derecho a las prestaciones sociales que para los servidores civiles de la Rama Ejecutiva del Poder Público establece la ley'.

Pero el derecho de esas prestaciones no es compatible con otras de la misma índole o naturaleza, de conformidad con lo prescrito por los artículos 64 de la Constitución Política, 32 del Decreto-ley 1042 de 1978 y Decreto 1713 de 1960.

Sin embargo, otro de los problemas que se plantea consiste en determinar si un empleado de un establecimiento público, por ejemplo del SENA, que por estar afiliado al ISS percibe pensión de vejez de conformidad con el Decreto 3041 de 1966, en cuantía menor a la pensión de jubilación que percibiría de conformidad con el Decreto 3135 de 1968, tiene o no derecho a que la entidad a la que prestó sus servicios le complemente el valor de la pensión hasta el monto del que le correspondería con base en el último estatuto mencionado.

La Sala, a este respecto considera que los empleados de los establecimientos públicos nacionales tienen derecho a percibir pensión de jubilación bajo las condiciones y en la cuantía prescritas por el artículo 27 del Decreto 3135 de 1961.

Si la pensión de vejez de un empleado público afiliado al ISS es de cuantía inferior al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicio, tiene derecho a que el establecimiento público en el cual prestó sus servicios le reconozca la diferencia, porque la afiliación al ISS no implica disminución de la cuantía de la pensión que la ley reconoce a todos los empleados administrativos nacionales, sin excepción alguna, con mayor razón si se considera que el Decreto-ley 1650 de 1977 se limitó a mantener la afiliación de los empleados al ISS, sin prescribir ninguna excepción. Por otra parte, los artículos 5° y 44 del Decreto-ley 1045 de 1978 inequívocamente prescriben que los empleados administrativos nacionales, en ellos comprendidos los de establecimientos públicos tienen derecho a percibir pensión de jubilación en la forma dispuesta por el artículo 27 del Decreto-ley 3135 de 1968.

Lo propio cabe afirmar en relación con la pensión de invalidez que, según el artículo 23 del Decreto 3135 de 1968, corroborados por los artículos 5° y 44 del Decreto-ley 1045 de 1978 tienen derecho a percibir todos los empleados administrativos nacionales sin excepción alguna.

De lo expuesto se concluye que si las pensiones que reconoce el ISS a sus afiliados son incompatibles con otras de la misma naturaleza, ello no obsta para que si el valor de esas pensiones reconocidas por el ISS a empleados administrativos nacionales es menor que el que le correspondería a los mismos de conformidad con lo prescrito por los artículos 23 y 27 del Decreto 3135 de 1968, la correspondiente entidad administrativa deba completar el primero hasta llegar a este monto" (Se destaca).

En este orden de ideas, la decisión adoptada por el SENA en las resoluciones demandadas, de descontar del valor de la pensión que fue reconocida a la accionante, el monto de la que por medio de la Resolución 1433 de 1987, le reconoció el Instituto

## SECCION SEGUNDA

de Seguros Sociales a partir del 13 de septiembre de 1986, quedando a cargo de la entidad demandada únicamente el excedente de la suma que por tal concepto le pagaba a la señora Isabel Giraldo de Díaz, se ajusta a derecho. Si la pensión de sobrevivientes que reconoció a la actora el Instituto de Seguros Sociales devino de la relación laboral de su cónyuge con el SENA, al asumirla sustituyó en su obligación a éste, y por lo tanto el goce de las dos resulta incompatible, excepto en la porción en que el SENA estaba en la obligación de completarla hasta alcanzar el valor a que por la ley tenía derecho.

Procede entonces confirmar el 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:

CONFIRMASE la sentencia proferida el dieciocho (18) de junio de mil novecientos noventa y tres (1993), por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección C, en el proceso promovido por Isabel Giraldo de Díaz contra el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, que denegó las pretensiones de la demanda.

RECONOCESE personería a la doctora Elizabeth Torres de Segura como apoderada del SENA, en los términos y para los efectos de los memoriales de sustitución visibles a folios 141, 142 y 188.

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

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecómpte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora (con Salvamento de Voto); Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Transcribe el concepto del 18 de marzo de 1983. Radicación 1828. Ponente Dr. Oswaldo Abello Noguera, sobre el mismo tema.

## **PROTECCION A LA MATERNIDAD/ PROHIBICION DE DESPIDO/ JUSTA CAUSA - Inexistencia/ REINTEGRO AL CARGO/ INDEMNIZACION**

El artículo 21 del D. L. 3135 de 1968 prohíbe despedir a la empleada pública durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto, salvo que medie justa causa comprobada, la cual debe constar en el acto administrativo de retiro. Señala el citado artículo que se presume que el retiro se ha producido por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar durante los tres meses posteriores al parto, salvo que medie justa causa comprobada, la cual debe constar en el acto administrativo de retiro. Señala el citado artículo que se presume que el despido se ha producido por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar durante los tres meses posteriores al parto. El diagnóstico médico de la fecha probable del parto se cumplió, y en lugar de quedar liberada la entidad para decidir el retiro del servicio, quedaba sujeta a la prueba de la justa causa motivada, que el Idema no llegó a probar en el proceso. Debe además observarse que la referida protección en el período de los tres meses siguientes, se refiere no sólo en caso de que el hijo sobreviva al nacimiento, sino del hecho biológico del parto. Un simple raciocinio sobre el particular, permite concluir la falta de la más elemental prudencia en el manejo del recurso humano al servicio del Idema, y aun del desacato de las normas protectoras de la maternidad, lo cual pretende justificar la entidad, con la circunstancia de que la actora no era funcionaria de carrera administrativa, aspecto que no se planteó en la demanda, y que no tiene relación de causalidad con la circunstancia de la maternidad de la demandante. La Sala de esta Corporación ha admitido la posibilidad del reintegro al cargo, de la madre que ha sido retirada ilegalmente del empleo, como ocurre en el presente caso. Como en el numeral quinto del fallo consultado se condena a pagar el faltante de la indemnización por valor de 60 días, y el valor de ocho semanas de descanso remunerado, conviene aclarar al respecto que la demandante tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante su desvinculación, así como al pago de una indemnización a quince días del último salario devengado.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., marzo 4 de mil novecientos noventa y seis (1996).

## SECCION SEGUNDA

Consejero Ponente: Doctora *María Eugenia Samper Rodríguez*.

Radicación número 11.372.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actora: Sandra Irene Burbano Villamil.

Sandra Irene Burbano Villamil, solicita se declare la nulidad de la Resolución número 175 de 30 de marzo de 1993, expedida por el Gerente General del Instituto de Mercadeo Agropecuario, Idema, por la cual se le declaró *insubsistente* su nombramiento como empleada pública, en el cargo de almacenista, por estimar que su retiro se produjo cuando se encontraba amparada por la estabilidad que le confieren las normas de protección a la maternidad, pues tuvo lugar dentro de los tres meses siguientes al parto.

### LA SENTENCIA CONSULTADA

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, por considerar que la demandante fue retirada del servicio sin que mediara acto motivado, y cuando aún no habían vencido los tres meses siguientes al parto, y la entidad no acreditó que el retiro se debió a razones del buen servicio (fls. 92 y ss.).

Como las partes no impugnaron el fallo, llega a esta Corporación en grado de consulta.

El Ministerio Público, no rindió concepto.

### CONSIDERACIONES

En esencia, la actora pretende la nulidad el acto acusado, por estimar que se produjo en momentos en que aún la ley la protegía en su estabilidad laboral, por cuanto el nacimiento de su hijo se produjo el día 3 de enero de 1993, y el acto de retiro del servicio fue expedido el día 30 de marzo del mismo año.

De acuerdo con el artículo 36 de los estatutos del Idema, aprobados mediante Decreto número 0391 de 1982, el cargo de Almacenista es un empleo público. Textualmente dice:

“Artículo 36. Las personas que presten sus servicios en el Idema son trabajadores oficiales y su vinculación laboral será la contractual prevista en las disposiciones legales. Sin embargo, las siguientes actividades serán desempeñadas por personas que tendrán calidad de empleados públicos de libre nombramiento y remoción:

“...

– Almacenistas

– Laboratoristas.”

Del examen del caudal probatorio allégado al proceso, se observa que según certificado expedido por el Secretario General del Idema a petición del Tribunal Administrativo, la demandante fue retirada del empleo público de almacenista, según consta al folio 84 del cuaderno principal.

Este aspecto no lo discutió la entidad demandada ni en la primera ni en la segunda instancia.

De acuerdo con la “novedad de personal” que obra al folio 4, en papel preimpreso y de fecha 22 de diciembre de 1992, el Idema decide concederle a la demandante, una “incapacidad por maternidad”, entre el 14 de diciembre de 1992 y el día 7 de marzo de 1993.

Textualmente dice dicho documento:

“Burbano Villamil Sandra Irene, c.c. 40020157.

Fecha: 22-12-92

Clase de novedad: Incapacidad maternidad.

Fecha efectiva: desde 14 de diciembre de 1992 hasta el 07 de marzo de 1993.

Detalle: 84 días conforme certificado 797821 ISS.

Pagos y deducciones: Páguese el 100% del salario” (fl. 4).

La citada “novedad de personal”, aparece con las correspondientes aprobaciones del Director Regional, y del Subgerente Administrativo del Idema.

La anterior novedad se produjo con base en el memorando número 644 de 9 de noviembre de 1992 de la Directora de Palmira a la División de Personal, y por existir certificado médico del ISS. Textualmente dice dicho certificado:

“Memorando 644, nov. 9 de 1992.

De: Directora C.O.C. Palmira

Para: División Relaciones Industriales

Ref.: Envío certificación

Adjunto estamos enviando certificación del séptimo mes de embarazo de nuestra funcionaria Sandra Irene Burbano Villamil, expedida por el ISS para los trámites administrativos correspondientes.

Cordialmente,

Luz Marina Vásquez Vela,

Directora” (fl. 2, cuad. 3).

## SECCION SEGUNDA

Al folio 6 obra el certificado de registro civil de nacimiento número 26150 del Notario Primero del Círculo de Pereira, en donde consta que el 3 de enero de 1993 nació una hija de Sandra Irene Burbano. Textualmente dice este certificado:

“Certificado de Registro Civil de Nacimiento número 26150.

El suscrito Notario Primero del Círculo de Pereira

### **CERTIFICA:**

Que en el folio 18638978 del Registro de Nacimientos está inscrito el nacimiento de Daniela Parra Burbano de sexo femenino ocurrido en Pereira el 3 de enero de 1993, hija de Omar Parra y Sandra Irene Burbano.

Pereira, 01 de febrero de 1993. (Fdo.)” (fl. 6).

El artículo 21 del D. L 3135 de 1968 prohíbe despedir a la empleada pública durante el embarazo y los tres meses posteriores al parto, salvo que medie justa causa comprobada, la cual debe constar en el acto administrativo de retiro. Señala el citado artículo que se presume que el despido se ha producido por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar durante los tres meses posteriores al parto. Textualmente dice este artículo:

“*Prohibición de despido.* Durante los tres meses posteriores al parto o aborto, sólo podrá efectuarse el retiro por justa causa comprobada y mediante autorización del inspector del trabajo si se trata de trabajadora, o por resolución motivada del jefe del respectivo organismo si es empleada.

Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar dentro de los períodos señalados en el inciso anterior sin las formalidades que el mismo establece. En este caso, la empleada o trabajadora tiene derecho a que la entidad donde trabaje le pague una indemnización equivalente a los salarios o sueldos de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar, de acuerdo con su situación legal o contractual, y, además, al pago de los ocho (8) semanas de descanso remunerado, si no lo ha tomado”.

El Idema estima de una parte que la demandante no era funcionaria de carrera administrativa, y de la otra, que no consta en sus archivos que se le hubiera notificado del parto o del nacimiento de la hija de la actora. Textualmente señala el Idema:

“En atención a su oficio de la referencia, remitimos a usted fotocopia auténtica de la documental que reposa en la hoja de vida de la ex funcionaria Sandra Irene Burbano Villamil, distribuida en dos partes, que constan de 140 folios.

Igualmente, certifico que revisada la documentación constitutiva, de la hoja de vida de la señora Burbano Villamil, no aparece constancia de que su parte se haya efectuado comunicación o notificación al Idema sobre la fecha del parto por el que se pregunta, ni se aportó a la citada documental copia del posible registro de nacimiento respectivo.

Finalmente, certifico que el Idema, no está, ni ha estado sometido al régimen de carrera administrativa de que tratan las normas generales sobre la materia y en especial las Leyes 61/87 y 27/92, tal como se lee en oficio 10975 del 28 de noviembre de 1990 suscrito por el Director Técnico del Departamento Administrativo de la Función Pública, cuya fotocopia auténtica se anexa.

De la honorable Magistrada respetuosamente,

Nelson Alberto Sanabria Noppe,

Jefe División Recursos Humanos" (fl. 3 cuad. 4).

De lo antes expuesto, se concluye que la Directora Regional del Idema de Palmira, con base en el certificado médico del ISS, tramitó ante la División de Relaciones Industriales la solicitud de incapacidad, en donde consta que la demandante para el 9 de noviembre de 1992, se encontraba en el séptimo mes de embarazo.

Es fácil concluir que el Idema quedó en esta forma enterado de que el parto de la actora se produciría dentro de los dos meses siguientes, esto es, para el 9 de enero de 1993 aproximadamente, y como el nacimiento de la menor tuvo lugar, el día 3 de enero de 1993, éste se produjo dentro del término señalado por el médico, y por tanto, se concluye que la ausencia del aviso del nacimiento, no borraba el acontecimiento pronosticado, y tampoco liberaba a la entidad de respetar las normas de protección que tutelaban a la demandante, y por lo tanto la imposibilidad en que se encontraba el Idema para expedir una resolución de retiro del servicio inmotivada, sin consultar la hoja de vida, y aún sin vencer el período de los tres meses siguientes al parto.

En otros términos más sencillos, el diagnóstico médico de la fecha probable del parto se cumplió, y en lugar de quedar liberada la entidad para decidir el retiro del servicio, quedaba sujeta a la prueba de la justa causa motivada, que el Idema no llegó a probar en el proceso.

Debe además observarse que la referida protección en el período de los tres meses siguientes, se refiere no sólo en caso de que el hijo sobreviva al nacimiento, sino del hecho biológico del parto.

Un simple raciocinio sobre el particular, permite concluir la falta de las más elemental prudencia en el manejo del recurso humano al servicio del Idema, y aun del desacato de las normas protectoras de la maternidad, lo cual pretende justificar la entidad, con la circunstancia de que la actora no era funcionaria de carrera administrativa, aspecto que no se planteó en la demanda, y que no tiene relación de causalidad con la circunstancia de la maternidad de la demandante.

Reitera la Sala que el servicio médico del ISS en el mes de diciembre de 1992, encontró que la demandante se encontraba en estado de embarazo, y próxima al parto para el mes de enero del año siguiente, y por tal motivo enteró al Idema de esta

## SECCION SEGUNDA

circunstancia, para que no sólo tuviera en cuenta los correspondientes períodos de incapacidad, sino del nuevo tratamiento que debía tenerse con la actora.

Si bien el término de vencimiento de la incapacidad no se confirió mediando un plazo amplio como podría esperarse, sí alcanzó a cubrir la fecha del parto. Sin embargo, el error médico en este caso, no puede servir para expresar que la incapacidad por maternidad y la tutela jurídica no protegían a la demandante. En el proceso quedó debidamente probado que el parto se produjo durante el período de la incapacidad por maternidad, que el Idema concedió.

La Sala de esta Corporación ha admitido la posibilidad del reintegro al cargo, de la madre que ha sido retirada ilegalmente del empleo, como ocurre en el presente caso.

En fallo de 3 de noviembre de 1993, expediente 5065, con ponencia de la doctora Clara Forero de Castro, se dijo:

“En verdad, la prohibición de despido durante un tiempo determinado no puede resultar a la postre un impedimento para el reintegro al cargo de la empleada ni una limitante para el restablecimiento pleno de sus derechos, restablecimiento que sí obtendría por ejemplo si alegara desviación de poder.

Es preciso no olvidar que las normas que contemplan esta especial protección consagrar con tal fin una presunción legal, que como tal admite prueba en contrario, de que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo cuando ha tenido lugar en los períodos en ellas señalados. Se deduce entonces que mientras la administración no desvirtúe tal presunción, debe aceptarse que el despido prohibido no tuvo por finalidad el buen servicio, configurándose así la desviación de poder que conlleva la nulidad del acto de remoción y el reintegro de la empleada, sin perjuicio de la indemnización que por infringir la prohibición contempla la ley.”

Por consiguiente, como en el presente caso el Idema retiró del servicio a la demandante sin justa causa, el fallo deberá confirmarse debiéndose adicionar en el sentido de descontar a la demandante, todas las sumas recibidas por concepto de una relación de trabajo como empleada oficial en el lapso de su retiro del servicio.

Como en el numeral quinto del fallo consultado se condena a pagar el faltante de la indemnización por valor de sesenta días, y el valor de ocho semanas de descanso remunerado conviene aclarar al respecto que la demandante tiene derecho al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir durante su disvinculación, así como al pago de una indemnización equivalente a sesenta días del último salario devengado.

Por este motivo se revocará el numeral 5° del fallo del Tribunal, con el objeto de precisar el verdadero alcance de la condena.

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* el fallo de 24 de febrero de 1995, proferido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en demanda promovida por Sandra Irene Burbano Villamil, salvo el numeral 5°, el cual se revoca, quedando así:

El Idema reconocerá y pagará a la demandante a título de indemnización, una suma equivalente a sesenta días del último salario devengado.

El Idema, descontará a la señora Sandra Irene Burbano Villamil en aplicación del artículo 128 de la Constitución Nacional, cuanto haya recibido del erario público o de entidades en que tenga parte principal el Estado, en virtud de una vinculación laboral desde cuando fue retirada del servicio, hasta cuando se produzca su reintegro efectivo.

Los valores monetarios de la condena se actualizarán con base en la siguiente fórmula:

$$R = Rh \frac{\text{índice final}}{\text{índice inicial}}$$

en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante por concepto de remuneración y prestaciones sociales desde la fecha de su desvinculación hasta la fecha de su reintegro, con inclusión de los reajustes salariales correspondientes a dicho período, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de ejecutoria de esta sentencia, por el índice inicial.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Discutida y aprobada por la Sala en sesión de 15 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Carlos Orjuela Góngora (aclara el voto), Joaquín Barreto Ortiz, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas (aclara el voto), María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA.** Se reitera la sentencia de noviembre 3 de 1993. Expediente 5065. Dra. Clara Forero de Castro.

## **SINDICATO - Funciones/ REPRESENTACION JUDICIAL/ DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA**

Los sindicatos demandantes están legitimados para representar en juicio a los trabajadores de la sociedad Ideace y sus afiliados, ya que la declaratoria de igualdad de la huelga que adelantaron, trae para aquellos que resulten afectados por las decisiones que con base en dicha declaración adopte el empleador, repercusiones de índole económica.

## **CESE DE ACTIVIDADES/ DECLARATORIA DE ILEGALIDAD/ AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA - Improcedencia**

El Código Sustantivo del Trabajo no prevé el adelantamiento de un trámite previo a la declaración de ilegalidad de un cese de actividades al cual deban vincularse las agremiaciones sindicales a las que pertenecen los trabajadores comprometidos en él. Basta que la administración constate que se está en presencia de uno de los casos previstos en el artículo 450 para que en derecho proceda hacer tal declaración. Es más, el legislador ni siquiera contempló la posibilidad de que contra esa decisión se interpusieran recursos por la vía gubernativa, ya que expresamente consagró su improcedencia, haciéndola susceptible de impugnación únicamente por la vía jurisdiccional ante el Consejo de Estado, según se consagró en el artículo 451 *ibidem*.

## **DERECHO DE HUELGA/ UNIDAD DE EMPRESA/ CESE DE ACTIVIDADES**

De la definición de huelga del artículo 429 del C. S. de T. se desprende, sin equívocos, que el cese colectivo del trabajo puede presentarse en toda la empresa o en un establecimiento de ésta, situación que con mayor razón ocurre en aquellas empresas que en virtud de darse los presupuestos legales, han sido objeto de la declaratoria de unidad prevista en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto si la ley hace en la huelga un fenómeno local, esta es ubicable en un momento y en un lugar determinado, no puede admitirse que por haberse declarado administrativamente que varias empresas conforman una unidad jurídica, la declaratoria de huelga efectuada por los trabajadores de una de las filiales necesariamente se extienda a todas aquellas que integran la uni-

dad empresarial. De tal manera, que si los trabajadores de una o varias de las empresas que conforman tal unidad, son ajenos al conflicto colectivo de trabajo que se produce en otra u otra de las mismas, el cese de labores no tiene por qué afectar a las primeras.

## TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO

El hecho de que el Ministerio de Trabajo haya ordenado constituir un tribunal de arbitramento obligatorio y dispuesto su integración con base en lo previsto en el artículo 2° del Decreto 939 de 1966, para dirimir el conflicto entre la Empresa Industrias de Acero S. A., Ideace, y las organizaciones sindicales demandantes, no implica el reconocimiento de la legalidad de la huelga declarada en dicha empresa, como tampoco puede desprenderse ello, de la circunstancia de que la declaración del cese, estuvo precedido de los trámites previos consagrados en la ley para ese efecto, toda vez que si bien la declaratoria del cese de actividades pudo estar antecedido de los requerimientos legales, en el curso de su desarrollo pudo devenir en ilegal y esta circunstancia tampoco está consagrada en el ordenamiento jurídico como un impedimento para que la administración, si se dan las condiciones para ello, disponga la Constitución de un tribunal de arbitramento. Así las cosas, se tiene que también los argumentos expuestos para demostrar la violación del artículo 10 de la Ley 39 de 1985 por el acto acusado carecen de respaldo, pues la medida no se adoptó porque los trabajadores permanecieran en la empresa, sino porque extendieron la huelga a otra que no estaba comprometida en los trámites previos a su declaratoria.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Radicación número 3975.

Referencia: Resoluciones ministeriales.

Actor: Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metalmeccánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica, Sintraime, y Asociación de Trabajadores de la Empresa Industrias de Acero S. A., Ideace.

Por intermedio de apoderado el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metalmeccánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica, Sintraime, y la Asociación de Trabajadores de la Empresa Industrias de Acero S. A., Ideace, en demanda presentada ante esta Corporación solicitan la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 02918 y 04080 del 4 de agosto y del 28 de octubre de 1990, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, por medio de las cuales se declaró la ilegalidad del cese de

## SECCION SEGUNDA

actividades realizado por los trabajadores de las empresas Industrias de Acero S. A., Ideace, y Colombiana de Aluminio S. A., Alumcol, y se negó la petición de revocatoria directa de esta decisión.

### HECHOS

Se señala en el libelo que en la Asamblea General de los trabajadores de Ideace celebrada el 17 de enero de 1988, se aprobó el pliego de peticiones que fue presentado a la sociedad en febrero de 1988; que la etapa de arreglo directo se prolongó hasta el 27 de ese mes y la de conciliación ante el Ministerio de Trabajo hasta el 10 del siguiente mes de marzo; que vencida ésta, la asamblea de trabajadores votó la huelga que se inició en Ideace y Alumcol, sociedades respecto de las cuales el Ministerio, mediante Resolución 353 del 7 de octubre de 1986, había declarado la unidad de empresa; que el 12 de abril de 1988, en presencia de los Inspectores Segundo y Tercero de la Sección de Relaciones Individuales, de la División Departamental del Trabajo y Seguridad Social, quienes levantaron el acta respectiva del cierre de la factoría Ideace, y, sin embargo, se negaron a acceder a la petición que en tal sentido se le formuló en relación con Alumcol, cumpliéndose así lo dispuesto en los artículos 432 a 435 del Código Sustantivo del Trabajo; que el levantamiento del cese de actividades se produjo simultáneamente en ambas sociedades el 27 de mayo de 1988, como consta en el acta de apertura levantada por las Inspecciones Primera y Cuarta de la División Departamental del Trabajo y en virtud de lo dispuesto en la Resolución 01972 de 24 de mayo de 1988 del citado Ministerio, mediante la cual se ordenó la constitución de un tribunal de arbitramento y la reanudación de actividades de los trabajadores dentro del término de tres días siguientes a su notificación, Tribunal que se instaló el 5 de septiembre; y que el diferendo laboral se solucionó definitivamente al proferirse el 27 de ese mes el correspondientes laudo arbitral.

No obstante lo anterior, afirma el libelista, sin que se corriera traslado a los sindicatos comprometidos en la huelga, y sin que se practicaran las pruebas solicitadas por la Federación de Trabajadores del Metal, Fentrametal, organización sindical del 2º grado a la cual se encontraban afiliados los aludidos sindicatos, se declaró la ilegalidad de la huelga mediante los actos acusados.

### DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

1º. Afirma la parte demandante que hay violación de los artículos 14 y 15 del C. C. A., en concordancia con los artículos 18 y 26 de la Constitución Política y 12 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto si bien en este código (art. 450), no se determina un trámite administrativo para declarar ilegal la huelga, la administración debió aplicar las reglas contenidas en los artículos mencionados del C. C. A., y ordenar la citación de los sindicatos comprometidos en el cese de actividades y la publicidad prevista para el caso en que se da curso a una petición en la cual aparece que terceros no determinados puedan estar directamente interesados o resultar afectados con la decisión administrativa.

Aducen también los demandantes que como la declaratoria de huelga solo está reglada en relación con la competencia para recibir peticiones, con base en los artículos 2° y 3° de la Ley 153 de 1887 el Ministerio, una vez conocida la petición elevada por la empresa Ideace, ha debido correr traslado de ella a los organismos sindicales de la misma, que como ello no sucedió, se vulneraron los artículos 18 de la Constitución Política y 12 del Código Sustantivo del Trabajo consagratorios del derecho de huelga.

2°. “Los actos administrativos impugnados violan el artículo 10 de la Ley 39 de 1985 que modificó el artículo 445 del Código Sustantivo del Trabajo y constituyen una aplicación indebida de los artículos 450, literal f) y 451 *idem*” (fl. 84).

Acotan los demandantes que el artículo 10 de la Ley 39 de 1985, modificatorio del artículo 445 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula el desarrollo de la huelga, suprimió la expresión existente en la norma modificada “los trabajadores deberán abandonar el lugar de trabajo” y cambió el título de la norma “Abandono del lugar de trabajo” por el de “Desarrollo de la huelga”, modificaciones que no fueron accidentales, pues la intención del legislador fue eliminar la obligación de los trabajadores de abandonar el lugar de trabajo.

Esto explica, por qué los trabajadores de las citadas empresas permanecieron en ellas; de modo que si su ocupación por los trabajadores en huelga es lícita, no puede calificársele, *per se*, como un acto de violencia; por tanto, el Ministerio carecía de razón jurídica para declarar ilegal el cese de actividades en virtud de la ocupación de las instalaciones del Alumcol ya que si se consintió en que la huelga se desarrollara con ocupación del lugar de trabajo en la factoría principal de la empresa, ¿por qué se negaba ese derecho en una de sus dependientes?, cuando, como se dijo, ellas conformaban una unidad empresarial.

Al corregir la demanda (fls. 136 y 137), la parte actora adujo que la administración tampoco cumplió lo previsto en las Circulares 005 del 16 de febrero de 1984 y 006 del 20 de febrero de 1985, de la Secretaría General del Ministerio de Trabajo, mediante las cuales se establecieron unas directrices para la elaboración de actas de constatación de ceses colectivos, en las cuales se advierte que en esta diligencia deben tenerse en cuenta los principios sustanciales de toda prueba, esto es, los de “publicidad y contracción” (sic).

Los autos admisorios de la demanda y su corrección se notificaron al Ministerio de Trabajo (fls. 108 y 147), y al apoderado de la Empresa Ideace (fls. 133 vto., 159 y 217), en tanto que respecto de la empresa Alumcol su notificación se hizo al curador *ad litem* de la misma, luego de cumplirse su emplazamiento por edicto (fls. 195 a 216 y 228).

A folios 125 a 131 aparece la contestación de la demanda efectuada por el apoderado de Ideace, en la cual se refuta el cargo sobre falta de vinculación de los sindicatos al trámite de declaratoria de ilegalidad de la huelga, y en cuanto al segundo, se manifiesta que los trabajadores de la empresa Colombiana de Aluminio S. A., no

## SECCION SEGUNDA

están afiliados a organización sindical alguna, lo cual se evidencia en el hecho de que el referido laudo arbitral solo tiene efectividad respecto de los trabajadores de Ideace; de suerte que si tales trabajadores no están sindicalizados ello quiere decir que libremente decidieron no entrar en conflictos obrero-patronales y la ocupación de sus instalaciones por operarios de Ideace, constituye la invasión de lugares de trabajo ajenos por completo a la situación.

También se aduce que la unidad de empresa, es una figura jurídica que se contempla en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, hace parte del Título VIII de esa obra, Capítulo I, intitulado "Prestaciones Patronales", por lo cual su declaratoria no puede tener alcance diferente "a que en unas mismas unidades de explotación económica rijan los mismos salarios y prestaciones sociales extralegales, de darse, claro está, los demás presupuestos que consagra la norma" (fl. 128); que el fenómeno de la huelga no puede encasillarse dentro del concepto de unidad de empresa, para ligarlo a fines que desbordan los actos pacíficos que en desarrollo de la huelga pueden realizar los trabajadores, utilizando ésta como instrumento legal orientado al logro de sus justas reivindicaciones" (fl. 129).

Negadas las solicitudes de nulidad del proceso a partir de la fijación en la Secretaría de la Sección Segunda del edicto emplazatorio, formulada por el curador *ad litem* de la sociedad Alumcol S. A. (fls. 235 a 238), se abrió el proceso a pruebas (fl. 240), procediéndose luego a dar traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, oportunidad en la cual, el curador *ad litem* pide se profiera fallo inhibitorio por cuanto, en su sentir, las organizaciones sindicales demandantes no están legitimadas en la causa para el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho planteada en el libelo, aun cuando también presenta argumentos de fondo para que sean negadas las súplicas de la demanda.

Rituada la instancia, se procede a decidir, previas las siguientes:

### CONSIDERACIONES

En primer lugar, dirá la Sala que no procede abstenerse de emitir fallo de mérito respecto de la contención planteada en el *sub lite* con base en las razones aducidas por el curador *ad litem* de la empresa Alumcol S. A., pues conforme a lo normado en el numeral 5° del artículo 373 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra entre las funciones de los sindicatos "representar en juicio o ante cualesquiera autoridades u organismos los intereses económicos comunes o generales de los agremiados o de la profesión respectiva y representar esos mismos intereses ante los patronos y terceros en caso de conflictos colectivos que no hayan podido resolverse por arreglo directo, procurando la conciliación", los sindicatos demandantes están legitimados para representar en juicio a los trabajadores de la sociedad Ideace y sus afiliados, ya que la declaratoria de ilegalidad de la huelga que adelantaron, trae para aquellos que resulten afectados por las decisiones que con base en dicha declaración adopte el empleador, repercusiones de índole económica.

Sobre el particular y con base en las disposiciones transcritas, la Sala en sentencia del 26 de octubre de 1994, Expediente número 8405, Actor: Sindicato de Trabajadores de las Empresas Varias de Medellín, Consejero Ponente, doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, puntualizó:

“Es claro, entonces, que los sindicatos pueden representar a sus afiliados, a través de su Presidente o de quien contemple sus estatutos, siempre que se trate de asuntos relacionados con la convención colectiva, supuesto que se presenta en el *sub examine*, habida cuenta de la denuncia de la convención colectiva y la presentación del correspondiente pliego de peticiones, por ello, no es de recibo la excepción propuesta”.

De tal manera que es innegable que las agremiaciones sindicales demandantes, que por lo demás fueron las mismas que llevaron la representación de los trabajadores en la negociación del pliego de peticiones y a través de las cuales se declaró la huelga, están legitimadas para accionar en procura de obtener la nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el Ministerio de Trabajo declaró ilegal el aludido cese de actividades.

En cuanto al fondo del asunto la Sala observa lo siguiente:

Como bien lo advierten los accionantes el Código Sustantivo del Trabajo no prevé el adelantamiento de un trámite previo a la declaratoria de ilegalidad de un cese de actividades al cual deban vincularse las agremiaciones sindicales a las que pertenecen los trabajadores comprometidos en él. Basta que la administración constate que se está en presencia de uno de los casos previstos en el artículo 450 para que en derecho proceda hacer tal declaración. Es más, el legislador ni siquiera contempló la posibilidad de que contra esa decisión se interpusieran recursos por la vía gubernativa, ya que expresamente consagró su improcedencia, haciéndola susceptible de impugnación únicamente por la vía jurisdiccional ante el Consejo de Estado, según se consagró en el artículo 451 *ibidem*.

Siendo ello así y teniendo en cuenta que el Ministerio de Trabajo conoció de la ocupación de las instalaciones de la empresa Alumcol S. A., por parte de los trabajadores de Ideace S. A., desde el mes de abril de 1988 (fls. 133 y 134 cdno. 2), y que desde el mismo día 12 de ese mes en que comenzó la huelga en Ideace S. A., había fijado su posición contraria al requerimiento de los trabajadores de Ideace para que se procediera al cierre de las instalaciones de Alumcol, porque los trabajadores de esta empresa no pertenecían a los sindicatos comprometidos en el cese de actividades, según consta en el documento obrante a folios 68 a 75, posición que reiteró en providencia del 28 de abril de 1988 (fls. 135 y 135 cdno. 2) y en comunicaciones dirigidas a dichos sindicatos (fls. 131-132 *ejusdem*), la Sala encuentra que la actuación administrativa cuestionada, contrariamente a lo aseverado por los demandantes, se ajustó a derecho. Los artículos 14 y 15 del C. C. A., no resultan aplicables a una actuación administrativa especial regida por el Código Sustantivo del Trabajo. En cuanto a la violación del artículo 10 de la Ley 39 de 1985 se tiene lo siguiente:

## SECCION SEGUNDA

El artículo 429 del Código Sustantivo del Trabajo reza:

“Definición de huelga. Se entiende por huelga la suspensión colectiva, temporal y pacífica del trabajo, efectuada por los trabajadores de un establecimiento o empresa con fines económicos y profesionales propuestos a sus patronos y previos los trámites establecidos en el presente título”.

De la definición de huelga del artículo 429 del C. S. de T., se desprende, sin equívocos, que el cese colectivo del trabajo puede presentarse en toda la empresa o en un establecimiento de ésta, situación que con mayor razón ocurre en aquellas empresas que en virtud de darse los presupuestos legales, han sido objeto de la declaratoria de unidad prevista en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto si la ley hace de la huelga un fenómeno local, esto es, ubicable en un momento y en un lugar determinado, no puede admitirse que por haberse declarado administrativamente que varias empresas conforman una unidad jurídica, la declaratoria de huelga efectuada por los trabajadores de una de las filiales necesariamente se extienda a todas aquellas que integran la unidad empresarial.

De tal manera, que si los trabajadores de una o varias de las empresas que conforman tal unidad, son ajenos al conflicto colectivo de trabajo que se produce en otra u otras de las mismas, el cese de labores no tiene por qué afectar a las primeras.

Según se desprende del acervo probatorio, en el caso *sub examine* fueron los trabajadores de la empresa Industrias de Acero S. A., Ideace, afiliados tanto a la Asociación de Trabajadores de la misma como al Sindicato de Trabajadores de la Industria Metalmeccánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica, Sintraime, Seccional Itagüí, los que a través de estas agremiaciones, se comprometieron en el cese de actividades declarado ilegal por las resoluciones objeto de impugnación. Mas no consta en el expediente que los trabajadores de la empresa Alumcol S. A., hubieran participado en la negociación del pliego de peticiones que llevó a aquellos a ordenar dicho cese. Es más, se desconoce si se hallan o no sindicalizados y en caso de estarlo a qué agremiación pertenecen. Tampoco se sabe qué personal conforma la nómina de trabajadores de Alumcol; en cambio se encuentra demostrado que quienes ocupaban las instalaciones de la misma cuando se constató tal hecho por el Ministerio de Trabajo (fl. 109) figuran dentro del personal de Industrias de Acero S. A. del mes de abril de 1988 (fls. 122 y 124 cdno. 2).

Al no acreditarse que los trabajadores de Alumcol S. A., como sí se demuestra que lo hicieron los trabajadores de Ideace S. A., declararon la huelga a través de los sindicatos demandantes y que por tanto, participaron en ella, no es dable aceptar el argumento planteado en el libelo, en el sentido de que no se trató de una ocupación de las instalaciones de la empresa primeramente mencionada, sino del desarrollo *in situ*, vale decir, en éstas, del cese de actividades de sus trabajadores.

Resta agregar que el hecho de que el Ministerio de Trabajo haya ordenado constituir un tribunal de arbitramento obligatorio y dispuesto su integración con base en lo

previsto en el artículo 2° del Decreto 939 de 1966, para dirimir el conflicto entre la Empresa Industrias de Acero S. A., Ideace, y las organizaciones sindicales demandantes (fls. 29 a 36), no implica el reconocimiento de la legalidad de la huelga declarada en dicha empresa, como tampoco puede desprenderse ello, de la circunstancia de que la declaración del cese, estuvo precedida de los trámites previos consagrados en la ley para ese efecto, toda vez que si bien la declaratoria del cese de actividades pudo estar antecedida de los requerimientos legales, en el curso de su desarrollo pudo devenir en ilegal y esta circunstancia tampoco está consagrada en el ordenamiento jurídico como un impedimento para que la administración si se dan las condiciones para ello, disponga la constitución de un tribunal de arbitramento.

Así las cosas, se tiene que también los argumentos expuestos para demostrar la violación del artículo 10 de la Ley 39 de 1985 por el acto acusado carecen de respaldo, pues la medida no se adoptó porque los trabajadores permanecieran en la empresa, sino porque extendieron la huelga a otra que no estaba comprometida en los trámites previos a su declaratoria.

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

#### **FALLA:**

**NIEGANSE** las pretensiones de la demanda formulada por el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Metalmeccánica, Metálica, Metalúrgica y Siderúrgica, Sintraime, Seccional Itagüí y la Asociación de Trabajadores de la Industria del Acero S. A., Ideace S. A.

Cópiese, notifíquese y archívese el expediente.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz (ausente), Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper Rodríguez.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial sobre la capacidad de representación judicial de los sindicatos de la sentencia del 26 de octubre de 1994; Expediente 8405; Actor Sindicato de Trabajadores de las Empresas varias de Medellín; Ponente doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora.

**FUNCIONARIOS DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES -  
Régimen de carrera aplicable/ CONCURSO/ REQUISITOS ADICIONALES  
A LOS LEGALES - Nulidad/ PRINCIPIO DE IGUALDAD**

El Decreto número 1647 de 1991 por el cual se estableció el régimen de personal, la carrera tributaria, el sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, en el Título II artículos 44 a 60 regula la carrera tributaria y prevé que el sistema para el ingreso y promoción en ella, será por concurso, el cual puede ser de dos clases: cerrado: únicamente para los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales y abierto: para mismos funcionarios y para personas ajenas a la susodicha dirección. No hace referencia el decreto mencionado a los requisitos que deben exigirse a los aspirantes a concursar para el desempeño de cualesquiera de los cargos de la D.I.N., que se trata de proveer, o a la facultad que tiene la autoridad administrativa que convoca a concurso, para imponer a las personas que laboran en esa dependencia, requisitos adicionales a los exigidos a los aspirantes que no prestan sus servicios en la misma. Si ello es así, esto es, si no existe norma superior que autorice fijar requisitos especiales a tales servidores públicos para acceder a los cargos de la Dirección de Impuestos Nacionales que se pretende proveer mediante concurso, conforme a la filosofía misma de la carrera administrativa, según la cual uno de los objetos de la misma es el de ofrecer a todas las personas igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, objeto que se halla consagrado expresamente en el literal a) del artículo 45 del Decreto 1647 de 1991, habida cuenta de que por medio del acto demandado se hace la convocatoria para un concurso abierto, resulta contrario a esa disposición el señalamiento de un requisito para los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales, pues con ella se rompe el principio de la igualdad allí previsto, toda vez que se está imponiendo a dichos servidores y solo a ellos una carga superior a la que por mandato del mismo acto administrativo se exige a los demás participantes, ajenos a esa entidad. Se rompe entonces el equilibrio entre éstos, en perjuicio precisamente de quienes ya se hallan incorporados a la Dirección de Impuestos Nacionales, sin que se pueda decir que se trata de la exigencia de exigencia específica, pues respecto de una y de otra clase de aspirantes

(vinculados a la U.A.E., o ajenos a esta dependencia) en la Resolución 1913 de 1992 se consagró como requisitos, además del título de profesional en derecho y el de especialización en legislación económica o financiera, el de experiencia específica de cinco años.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Radicación número 7894

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: José Alejandro Acero Hidalgo.

En ejercicio de la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., el ciudadano José Alejandro Acero Hidalgo presentó demanda ante esta Corporación con el fin de que se declare la nulidad de la Resolución número 1913 del 25 de septiembre de 1992 expedida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, por medio de la cual se convocó a concurso abierto para efectos de proveer el cargo de Especialista Tributario Nivel 50-36 de la Subdirección de Fiscalización, en cuanto dispone "para los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial D.I.N. es requisito adicional estar desempeñando funciones en las dependencias de la Subdirección de Fiscalización, a la fecha de esta convocatoria" (fl. 9), debido a que ello implica que los funcionarios de dicha Unidad Administrativa que reúnan los requisitos de experiencia y especialización exigidos a todos los aspirantes, no pueden concursar en tanto no estén desempeñando funciones en dicha Subdirección.

### **DISPOSICIONES VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION**

Cita como transgredidos el artículo 13 de la Constitución Política que establece la igualdad de las personas ante la ley y la igualdad de trato y protección por parte de las autoridades, por la situación desventajosa en que se coloca a los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial; el artículo 9º numeral 2 del Decreto 1647 de 1991, en cuanto no se permite a los funcionarios de la U.A.E. D.I.N. participar en concursos promocionales porque se les exigen requisitos adicionales no previstos en la ley o reglamento, con la sola intención de favorecer a una determinada persona, lo que constituye desviación de poder, porque se mira no al servicio público sino el interés personal o individual, cuando por orden del artículo 1º de la Constitución Política aquel debe prevalecer; y el artículo 55 *ibidem* porque éste no le permite a la U.A.E. D.I.N. establecer un concurso cerrado o abierto circunscrito a una determinada subdirección, división o cualesquiera otra dependencia.

Por auto del 20 de abril de 1993 se admitió la demanda y se negó la suspensión provisional del acto impugnado, toda vez que no era posible suspender los efectos ya

## SECCION SEGUNDA

producidos por aquel, es decir, la realización del concurso en el que participaron quienes reunían los requisitos señalados en la convocatoria, pues del texto de la resolución acusada se desprende que la fecha de iniciación del concurso fue el 21 de octubre de 1992, y la lista de elegibles, resultado de la correspondiente evaluación, debió publicarse el 10 de noviembre de 1992.

La parte demandada se opuso a las pretensiones del actor tanto al contestar la demanda como al alegar de conclusión.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Delegada Novena en lo contencioso estima que las pretensiones del accionante carecen de vocación de prosperidad, en virtud de que no se demostró la infracción de las normas que se invocan en el libelo, puesto que si en la convocatoria al concurso se señaló que los participantes debían tener experiencia específica (art. 55 Decreto 1647 de 1991) la cual según el literal a) del inciso 2° del artículo 14 del Decreto 1643 de 1992 es la adquirida en el ejercicio de las funciones de un empleo en particular o en una determinada área de trabajo, de una profesión, arte u oficio, se tiene que es potestativo de quien hace la convocatoria exigir la experiencia específica en una cualesquiera de las modalidades allí establecidas.

Consiguientemente, concluye la colaboradora fiscal, “se dio aplicación al inciso 1° del artículo 45 del citado decreto, que prescribe que el objetivo de la carrera tributaria es obtener el nivel de motivación y **profesionalización del recurso humano**, que proporcione a la Dirección de Impuestos Nacionales el soporte idóneo para su desarrollo, uno de cuyos criterios es el de “vincular la **capacitación y especialización a la promoción...**” (fl. 79), y finaliza acotando que tampoco se demostró que la causa o la intención que se tuvo al efectuar la convocatoria, fue la de favorecer a una determinada persona.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

El acto acusado es la Resolución número 1913 de 25 de septiembre de 1992 de la Dirección de la Unidad Administrativa Especial, Dirección de Impuestos Nacionales, por medio de la cual se convocó a concurso abierto para efectos de proveer el cargo de Especialista Tributario Nivel 50-36 de la Subdirección de Fiscalización, en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos Nacionales, en cuanto estableció para los funcionarios de dicha Unidad el requisito adicional de estar desempeñando funciones en las dependencias de la Subdirección de Fiscalización, a la fecha de la convocatoria (fls. 8 a 10).

El Decreto número 1647 de 1991 por el cual se estableció el régimen de personal, la carrera tributaria, el sistema de planta y el régimen prestacional de los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales, en el Título II artículos 44 a 60 regula

la carrera tributaria y prevé que el sistema para el ingreso y promoción en ella, será por concurso (art. 50), el cual puede ser de dos clases: cerrado: únicamente para los funcionarios de la Dirección de Impuestos Nacionales y abierto: para estos mismos funcionarios y para personas ajenas a la susodicha Dirección (art. 55).

No hace referencia el decreto mencionado a los requisitos que deben exigirse a los aspirantes a concursar para el desempeño de cualesquiera de los cargos de la DIN que se trate de proveer, o a la facultad que tiene la autoridad administrativa que convoca a concurso, para imponer a las personas que laboran en esa dependencia, requisitos adicionales a los exigidos a los aspirantes que no presten sus servicios en la misma.

Si ello es así, ésto es, si no existe norma superior que autorice fijar requisitos especiales a tales servidores públicos para acceder a los cargos de la Dirección de Impuestos Nacionales que se pretenden proveer mediante concurso, conforme a la filosofía misma de la carrera administrativa, según la cual uno de los objetivos de la misma es el de ofrecer a todas las personas igualdad de oportunidades para el acceso al servicio público, objetivo que se halla consagrado expresamente en el literal a) del artículo 45 del Decreto 1647 de 1991, habida cuenta de que por medio del acto demandado se hace la convocatoria para un concurso abierto, resulta contrario a esa disposición el señalamiento de un requisito adicional para los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales, pues con ella se rompe el principio de la igualdad allí previsto, toda vez que se está imponiendo a dichos servidores y solo a ellos una carga superior a la que por mandato del mismo acto administrativo se exige a los demás participantes, ajenos a esa entidad. Se rompe entonces el equilibrio entre éstos, en perjuicio precisamente de quienes ya se hallan incorporados a la Dirección de Impuestos Nacionales, sin que se pueda decir que se trata de la exigencia de experiencia específica, pues respecto de una y de otra clase de aspirantes (vinculados a la U.A.E. o ajenos a esta dependencia), en la Resolución 1913 de 1992 se consagró como requisito, además del título de profesional en derecho y el de especialización en legislación económica o financiera, el de experiencia específica de cinco años.

Sobre la imposición de requisitos adicionales diferentes a los previstos en la ley para efectos de participar en concurso de mérito abierto, la Sala se ha pronunciado así:

“El concurso abierto, como su nombre lo indica, no puede tener las limitaciones que se indican en el acto, referido sólo a quienes estén posesionados en los cargos. En éste la admisión debe ser libre para todas las personas que demuestren poseer los requisitos exigidos para el desempeño de los cargos. La convocatoria, según lo señala la norma, es abierta y en ella podrán participar las personas que se encuentren en las situaciones que se indica, es decir, quienes pertenecen a la carrera, al servicio o personas ajenas a ellos.

La distinción que se establece en el acuerdo, para concursar, dirigido sólo a quienes estén debidamente posesionados en los cargos, es un criterio de diferenciación o discriminación que no tiene respaldo en la norma y de bulto o por simple con-

## SECCION SEGUNDA

frontación, vulnera el precepto al no ser acorde con los objetivos y propósitos que persigue la carrera y señalar criterios o limitaciones no previstas en el ordenamiento al cual debía ajustarse. Tal situación excluye toda posibilidad de participación a otros empleados de carrera, no posesionados en los cargos, que pudieran aspirar a concursar así como también, a aquéllos vinculados al servicio y con mayor razón a las personas ajenas a ellos.

Pese a que se trata de la provisión de los cargos expresamente señalados en el acto, éste no es argumento válido para establecer criterios discriminatorios distintos a las regulaciones de la ley. El criterio adoptado, sólo para quienes estén posesionados en el cargo, centraría la naturaleza del concurso, al cual según la norma, se le da el calificativo de abierto.

El concurso, tal como aduce el accionante, tiene particularidades especiales y en las condiciones indicadas, podría pensarse que estuviera estableciendo un ingreso diferente a la carrera, 'situación que no contemplan las normas en las cuales se fundamentan los actos acusados'. 'Providencia de 5 de septiembre de 1995, Expediente número 11.690, Actor: Rafael Bolívar Guerrero, Consejero ponente, doctor Carlos A. Orjuela Góngora”.

Así las cosas, contrariamente a lo aseverado por el Ministerio Público, la Sala estima que se infringieron las normas citadas en el libelo, ya que la exigencia a los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial del requisito a que alude el actor carece de fundamento jurídico y contraría al principio de igualdad que debe informar un concurso abierto.

En consecuencia, se impone declarar la nulidad del aparte pertinente de la Resolución número 1913 de 1992.

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

### FALLA:

DECLARESE la nulidad parcial de la Resolución número 1913 del 25 de septiembre de 1992 expedida por el Director de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos Nacionales, en el aparte de su artículo 1º, titulado “Requisitos”, que reza: “Para los funcionarios de la Unidad Administrativa Especial DIN es requisito adicional estar desempeñando funciones en las dependencias de la Subdirección de Fiscalización, a la fecha de esta convocatoria”.

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

La anterior providencia fue leída y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper Rodríguez.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera la jurisprudencia de septiembre 5 de 1995; Expediente 11690, Actor: Rafael Bolívar Guerrero, C. P.: Carlos Orjuela Góngora.

## **VIA GUBERNATIVA - Agotamiento/ CONSULTA/ APELACION - Equivalencia/ FALTA DISCIPLINARIA**

Anota la Sala que carece de fundamento el requerimiento de la Agencia del Ministerio Público de que se emita fallo inhibitorio por falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con la resolución número 711 de 1987 de la Procuraduría Tercera Delega para la Vigilancia Administrativa, pues con esta providencia se decidió la consulta del fallo de primera instancia, contenida en la resolución número 181 de 1986 de la Procuraduría Regional de Popayán, mediante la cual, inicialmente, se había sancionado al demandante, resolución que equivale al fallo de segunda instancia, pues con la consulta, al igual que con el recurso de apelación, se busca que la decisión del a quo no quede sin revisión del superior. En uno y o tro evento -consulta o apelación-, el funcionario que resuelve, asume la condición de fallador ad quem, que es a quien compete proferir la decisión definitiva, que, obviamente, no es posible en los recursos en la vía gubernativa, pues clausura la segunda instancia, pero aun, admitiendo en gracia de la contención, que contra la citada resolución procedía interponer dichos recursos, no sería viable declarar la inhibición para emitir pronunciamiento de mérito, ya que si el actor dejó de interponerlos, la responsabilidad de está omisión recaería sobre la administración, por cuanto, ni en el texto de la Resolución número 711, ni en el acta de diligencia de su notificación, se le indicó que ese acto administrativo era susceptible de tales recursos. Es incuestionable entonces, que el accionante, a pesar de hallarse en disponibilidad la noche del 26 y 27 de diciembre de 1984 y de ser requerido por el médico residente de más alta jerarquía por la gravedad que registró un paciente, siendo su deber hacerlo, no acudió a ese llamado, independientemente de los motivos por los cuales no lo hizo y de las consecuencias que tal omisión pudo acarrear; o si el deceso del paciente se debió o no a la ausencia de atención médica inmediata. Tal conducta, a juicio de la Sala, reviste sin duda, gravedad incuestionable, por cuanto a los médicos residentes, obligados a permanecer en el centro asistencial, que si bien gozan de autonomía para decidir sobre el manejo de los pacientes de urgencias, se les privó de la dirección oportuna y certera que les podía brindar su propio profesor en un caso en extremo delicado, como ellos mismos lo reclamaban.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.

Santa Fe de Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación número 5444.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Hernando Aníbal Romero Ordóñez.

El doctor Hernando Aníbal Romero Ordóñez, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho contemplada en el artículo 85 del C. C. A., en demanda presentada ante el Tribunal Administrativo del Cauca el 30 de mayo de 1987, solicitó que se declare la nulidad de la Resolución número 181 de 10 de octubre de 1986, de la Procuraduría Regional de Popayán, por la cual, en su calidad de médico auxiliar II, cuidados intensivos del Hospital Universitario San José de Popayán, se le impuso la sanción de amonestación escrita con anotación a la hoja de vida, y la número 711 de 11 de mayo de 1987 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa de la Procuraduría General de la Nación, modificatoria de la resolución primeramente mencionada, por la cual, en lugar de la aludida sanción, se le impuso la de solicitud al nominador de su destitución así como la fijación de inhabilidad para ejercer cargos y funciones públicas.

Como consecuencia de tales declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, pidió que se le absolviera de la violación de las normas invocadas en el pliego de cargos número 055 de 15 de marzo de 1985, de la Procuraduría Regional de Popayán.

Mediante escrito presentado dentro de la oportunidad legal, el accionante adicionó la demanda, en el sentido de solicitar también a título de restablecimiento del derecho, que se ordene a la Nación -Procuraduría General de la Nación-, pagarle, en las condiciones previstas en los artículos 176 y ss. del C. C. A., los perjuicios morales ocasionados con la sanción de que fue objeto, que estima en un valor de mil gramos oro o su equivalente en pesos colombianos a la fecha de la sentencia definitiva, de conformidad con el artículo 106 del Código Penal.

Admitidas la demanda y su adición (fls. 77 a 78 y 119), se le dio al proceso el trámite correspondiente. No obstante, mediante providencia obrante a folios 263 y siguientes, habida consideración de que la acción propuesta carece de cuantía, así una de las pretensiones sea la de indemnización de perjuicios morales en el monto a que se ha hecho referencia, pues esta pretensión no es propia de la acción de restablecimiento del derecho sino de la reparación directa y cumplimiento y, por tanto, resultan improcedente, se declaró la nulidad de lo actuado y se ordenó la remisión del expediente a esta Corporación, la cual, en auto de 13 de febrero de 1991, admitió la demanda y negó la suspensión de los actos acusados (fls. 278 a 282) y adelantó el trámite pertinen-

## SECCION SEGUNDA

te, corriendo traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo, por providencia fechada el 3 de febrero de 1992.

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Judicial Novena del Consejo de Estado, opina que debe proferirse fallo inhibitorio, en virtud de que contra la resolución número 711 de 11 de mayo de 1987, expedida por la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, al decidir la consulta de la resolución número 181 de 1986 de la Procuraduría Regional de Popayán y mediante la cual se modificó la sanción de amonestación inicialmente impuesta al demandante, por la solicitud de destitución y de inhabilitación para el desempeño de funciones públicas, no se interpusieron los recursos por la vía gubernativa.

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

Primeramente, nota la Sala que carece de fundamento el requerimiento de la Agencia del Ministerio Público de que se émita fallo inhibitorio por falta de agotamiento de la vía gubernativa en relación con la Resolución número 711 de 1987 de la Procuraduría Tercera Delegada para la Vigilancia Administrativa, pues con esta providencia se decidió la consulta del fallo de primera instancia, contenido en la resolución número 181 de 1986 de la Procuraduría Regional de Popayán, mediante la cual, inicialmente, se había sancionado al demandante, resolución que equivale al fallo de segunda instancia, pues con la consulta, al igual que con el recurso de apelación, se busca que la decisión del *a quo* no quede sin revisión del superior. En uno y otro evento -consulta o apelación-, el funcionario que resuelve, asume la condición de fallador *ad quem*, que es a quien compete proferir la decisión definitiva, que, obviamente, no es pasible de los recursos en la vía gubernativa, pues clausura la segunda instancia.

Pero aun, admitiendo en gracia de la contención, que contra la citada resolución procedía interponer dichos recursos, no sería viable declarar la inhibición para emitir pronunciamiento de mérito, ya que si el actor dejó de interponerlos, la responsabilidad de esta omisión recaería sobre la administración, por cuanto, ni en el texto de la Resolución número 711, ni en el acta de la diligencia de su notificación, se le indicó que ese acto administrativo era susceptible de tales recursos (folios 43 a 47 cuaderno principal).

En relación con el debate planteado, se tiene que al doctor Romero Ordóñez se le sancionó con la destitución, porque se le halló responsable del incumplimiento de sus deberes como médico auxiliar II de cuidados intensivos del Hospital Universitario San José de Popayán, al no asistir al turno que le correspondía la noche del 26 al 27 de diciembre de 1984, pues aunque el deceso del señor José Miguel Dorado Betancourt, quien llegó a ese centro asistencial a las 9:15 de esa noche, con heridas producidas en

un atraco, no le sea imputable, ya que según aseveran los médicos que en el *sub lite* se debió, no a falta de atención médica sino a que las heridas que sufrió necesariamente eran mortales, aquél estaba obligado a permanecer durante su turno en el sitio de trabajo, dada la importancia de la misión, que como docente de los residentes cumplía. Basta para entender, se dice en el acto impugnado, “que los médicos residentes que a la postre tuvieron que atender al herido, no se atrevían a asumir de lleno esa labor, precisamente porque estaba ausente su profesor”. (Fl. 44).

La impugnación de los actos sancionatorios se fundamenta en que la Procuraduría no ordenó una ampliación de las declaraciones del actor, ni de las de los galenos Alvaro Villacis y Daniel Delgado, que había solicitado al contestar el pliego de cargos, testimonios que, en su sentir, hubieran ayudado a establecer, en qué consiste la disponibilidad de un docente, así como que el paciente Dorado Betancourt, en ningún momento estuvo desamparado por el Hospital y que su óbito habría ocurrido con o sin atención médica.

Advierte igualmente el demandante que las pruebas recepcionadas en el *sub lite*, no fueron evaluadas en su conjunto, entre ellas las declaraciones rendidas en la etapa investigativa por Armida Orozco, María Lea Ibarra de Cortés, Alejandrina Ruiz, Gladys Ruales Rosero, Fanny Rojas, enfermeras del Hospital, Carlos Sarria y Joel Zúñiga, médicos que integraban el turno de disponibilidad de cirugía del mismo; la copia auténtica de la autopsia del occiso José Miguel Dorado Betancourt practicada por el Juzgado Segundo Superior de Popayán, en la cual, lo afirmado por los médicos forenses, está en íntima relación con la descripción operatoria que obró en el proceso disciplinario; la resolución de nombramiento del accionante en el aludido cargo, que junto con la certificación del jefe de personal del hospital, demuestran que diariamente tenía un horario de trabajo de 1 a 7 p. m. Tampoco, dice el actor, se analizaron sus antecedentes disciplinarios y los criterios atenuantes o eximentes de la falta.

Alegó también que en el proceso disciplinario no figura el contrato o la certificación o prueba alguna que demuestre que debía permanecer el día 26 de diciembre de 1984, toda la noche en el hospital. El personal de turno, dice, habla de disponibilidad y no de presencia en dicho centro asistencial.

Por todo lo anterior, estima el accionante, que se infringieron los artículos 26 de la Constitución Política de 1886, 19 de la Ley 25 de 1974, 10, 11 y 20 del Decreto 3404 de 1983, cuyo concepto de violación desarrolla a folios 53 a 63.

Pues bien, aunque al revisar el proceso disciplinario se encuentra que efectivamente el funcionario investigador citó a los doctores Villacis y Delgado para que se presentaran los días 11 de julio y 4 de agosto de 1984, para la práctica de una diligencia -no especificó cuál- (fls. 60 y 66 cuaderno 3), la verdad es que no se recepcionaron sus testimonios, como lo había impetrado el demandante y que tampoco a éste se le llamó a deponer.

No obstante, en el presente proceso y conforme con lo pedido en la demanda, se ordenó y se recibieron en audiencia sus declaraciones, de las cuales, al igual que de los

## SECCION SEGUNDA

testimonios rëndidos en el trámite del disciplinario por las enfermeras Armida Orozco, María Lea Ibarra, Alejandrina Ruiz, Gladys Ruales Romero y Fanny Rojas y de los galenos Carlos Sarria, Joel Zúñiga, Jaime Castro Guzmán, este último Director del Hospital San José, se desprende que en dicho centro asistencial, mediante un sistema de turnos establecidos, se alternaba el cubrimiento de los turnos nocturnos, comprendidos entre las siete de la noche y las siete de la mañana, durante los cuales, el galeno de turno, debía estar en disponibilidad permanente de llamado, para asistir a los casos de urgencia, cuando se requiriera su presencia para el manejo de una situación quirúrgica, para cuya adecuada atención no estuvieran capacitados los médicos hospitalarios o residentes internos.

Acorde con tal reglamentación, se establece también de las declaraciones de quienes testimoniaron tanto en el trámite administrativo como en el *sub lite*, que el doctor Hernando Aníbal Romero Ordóñez, la noche del 26 al 27 de diciembre de 1984, se hallaba en turno de disponibilidad, en el cual, según su propio dicho: “no tenía la obligación de estar de cuerpo presente en el Hospital como médico auxiliar II, de cuidados intensivos adscrito al servicio de urgencias entre la una de la tarde y las siete de la noche y, el cubrimiento del turno de urgencias se hacía mediante una modalidad conocida como disponibilidad la cual no implica la necesidad de permanecer en el establecimiento hospitalario dentro de las horas consignadas para tal turno o sea entre las siete de la noche y las siete de la mañana del día siguiente. Esta modalidad obliga al cirujano a prestar su contingente únicamente cuando es requerido por el residente de turno para resolver cualquier situación desde el punto de vista quirúrgico y en la cual por la gravedad de las determinaciones a tomar por parte del residente impliquen la presencia de una persona de mayor experiencia en el manejo de una situación determinada.” (fls. 166, 167) (subrayas fuera de texto).

Según depone el doctor Alvaro Germán Villacís Coral, médico que se encontraba de turno como residente R.2 de mayor jerarquía la noche mencionada, habiéndose presentado la emergencia del paciente José Miguel Dorado Betancourt, asumió personalmente y de inmediato su atención, suministrándole maniobras de reanimación, merced a lo cual recuperó los signos vitales, e interviniéndole luego quirúrgicamente, pero “Dadas las complejidades de dichas lesiones, y como siempre ocurre en estos casos, se llamó al docente de turno, doctor Hernando Romero, quien no encontrándose en el momento, hizo necesario por solicitud de los familiares del paciente, que se llamara como médico particular al doctor Arturo Adrada, cosa que hice y los familiares lo hicieron personalmente” (fl. 154).

Por lo demás tanto las enfermeras que se hallaban de turno la noche en que ocurrieron los hechos a que se hizo mención y el propio actor, al contestar el pliego de cargos y en las declaraciones que dio dentro del proceso, manifiestan que fue llamado por los médicos residentes de turno y que no acudió al hospital por cuanto no se le encontró en su residencia, ni en los sitios donde se le buscó.

Al referirse a lo acontecido la noche mencionada, la señorita Gladys Ruales Romero, enfermera de profesión, quien prestó turno de supervisión de 7 p. m. a 7 a. m. relata:

“Esa noche el herido señor José Miguel Dorado llegó entre nueve y nueve y media de la noche, yo recibí al paciente en la puerta de cirugía, llegó en choque o muerto y cuando lo entramos a la sala de cirugía se le dieron maniobras de resucitación e inmediatamente fue atendido por los residentes de turno o sea el doctor Villacis y el doctor Delgado creo no recuerdo bien, quienes son los que atienden los casos de urgencia, pero inmediatamente, como era un caso grave, apenas se hizo la incisión, como era grave se llamó al docente doctor Romero a la casa de él y en la casa del doctor Romero dijeron que estaba en el Hospital e inmediatamente se llamó a urgencias y allí contestó un interno, que el doctor Romero había acabado de pasar revista con los estudiantes. Yo llamé a la casa de él como dos veces más pidiendo que apenas llegara se comunicara con el Hospital. También envié a la ambulancia para que fuera a buscar al doctor Romero a un restaurante que no recuerdo el nombre porque alguien dijo que podía estar allá”. (fl. 30 - vuelto cuaderno 4).

El mismo demandante admite que no acudió al llamado que se le hizo del Hospital, recalcando que ello obedeció a que tuvo que prestar un servicio médico a un familiar, a lo cual no podía negarse y agregando: “Mi único error fue el no regresarme a informar a qué sitio me desplazaba en ese momento pero, ello se debió en gran parte a la urgencia con que fui requerido por mi familiar para prestarle mis servicios” (fl. 52 cuaderno 3).

Y luego depone en el *sub lite*:

“... Hacia la media noche, del 26 de diciembre de 1984, me comuniqué telefónicamente del lugar de mi residencia, con el servicio de urgencias para indagar acerca del motivo por el cual había sido llamado horas antes. Además, le expresé a la auxiliar que recibió mi llamada que ante cualquier eventualidad iba a permanecer en mi residencia. Durante el resto de la noche no fui requerido en ningún momento para la prestación de algún servicio derivado de mi turno de urgencias hasta las siete de la mañana del día siguiente, cuando volví a mi ronda de urgencias habitual” (fl 169).

Es incuestionable entonces, que el accionante, a pesar de hallarse en disponibilidad la noche del 26 y 27 de diciembre de 1984 y de ser requerido por el médico residente de más alta jerarquía por la gravedad que registró un paciente, siendo su deber hacerlo, no acudió a ese llamado, independientemente de los motivos por los cuales no lo hizo y de las consecuencias que tal omisión pudo acarrear; o si el deceso del paciente se debió o no a la ausencia de atención médica inmediata.

Tal conducta, a juicio de la Sala, reviste sin duda, gravedad incuestionable, por cuanto a los médicos residentes, obligados a permanecer en el centro asistencial, que si bien gozan de autonomía para decidir sobre el manejo de los pacientes de urgencias, se les privó de la dirección oportuna y certera que les podía brindar su propio profesor en un caso en extremo delicado, como ellos mismos lo reclamaban.

De modo, que si en el presente caso, el deceso del paciente no puede atribuirse a falta de atención médica, sino a la clase y gravedad de las heridas que presentaba,

## SECCION SEGUNDA

bien pudo ocurrir por qué no, que por falta de una adecuada dirección profesional en un momento crucial y crítico de aquél, se presentara un desenlace fatal, esto, que acontezca por esa razón, el óbito del paciente, pues su salud en ese momento dependía en gran medida de la pericia de los galenos, en cuyo caso su incumplimiento sí tendría funestas consecuencias, imputables a él y por supuesto, a la administración.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que el demandante sí incurrió en falta disciplinaria, cuya gravedad, a pesar de las circunstancias especiales de idoneidad y eficiencia que durante el trámite del disciplinario y en las resoluciones impugnadas se reconoció por la Procuraduría, no puede desconocerse, dadas las irreparables consecuencias del tal conducta, en un momento dado, pudo acarrear.

De otro lado, se repite, los antecedentes, del actor a que se ha hecho referencia, sí fueron sopesados por la entidad que efectuó la respectiva investigación y le impuso la sanción que se cuestiona, según se desprende de los actos objeto de acusación.

Se impone entonces, la negación de las súplicas de la demanda.

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

### FALLA:

NIEGANSE las pretensiones del demandante.

Cópiese, notifíquese publíquese en los **Anales del Consejo de Estado** y archívese el expediente. Cúmplase.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 22 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Carlos Arturo Orjuela Góngora, María Eugenia Samper Rodríguez.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

## PROCESO DISCIPLINARIO/ FUNCIONARIO COMPETENTE

Se observa que para la época en que ocurrieron los hechos, se hallaba vigente el Decreto 1950 de 1973, que en su artículo 155 disponía que cuando el Jefe del organismo considerara necesario adelantar una investigación, designaría un funcionario de igual o superior jerarquía a la del inculpado, para que adelantara las diligencias que fueran necesarias. Pues bien, el Jefe del Inderena al solicitarle al Jefe de la División de Control Administrativo que abriera la investigación aludida, observó tal precepto, porque la designación que hizo recayó sobre un funcionario que tenía una posición jerárquica no inferior a la del señor Escobar Herrera y no podría admitirse el desconocimiento de esa norma en razón de que a su vez, este funcionario encargara a un subalterno suyo, adscrito a la dependencia que presidía y que tenía entre sus funciones, la de adelantar las investigaciones administrativas que le asignara el jefe de la sección para que cumpliera en este caso algunas de las diligencias investigativas, por cuanto no existía disposición superior que señalara que dicho funcionario debía realizar éstas personalmente o que prohibiera al investigador así designado, para encomendar a otro efectuar algunas de tales diligencias, menos si como en el *sub lite*, entre las funciones del último se hallaba, como se dijo, la de adelantar aquellas de ese carácter que le indicara el jefe inmediato.

**DESTITUCION - Procedencia/ NEGLIGENCIA/ INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PROPIOS DEL CARGO/ DIGNIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA - Vulneración/ FALSA MOTIVACION/ DESVIACION DE PODER - Improcedencia**

Es evidente entonces que hubo negligencia por parte del accionante para proveer lo pertinente respecto del señor Cruz Flórez, por su proceder irregular al no asistir por varios días al sitio de trabajo. Por esta razón, la Sala estima que con su conducta omisiva el señor Escobar Herrera incurrió en incumplimiento de los deberes propios del cargo que desempeñaba. Ahora bien, aunque las pruebas obrantes en autos no son contundentes para demostrar la participación directa del accionante en el aprovechamiento ilícito de la especie chigüiro, los hechos accredi-

## SECCION SEGUNDA

tados referentes tanto a la presencia *in situ* del señor Cruz Flórez cuando se realizó el decomiso de los chigüiros mencionados, a quien el doctor Escobar Herrera supuestamente le había otorgado un permiso no solicitado y una comisión no legalizada como a la utilización por parte de aquél del campero que el Inderena le había asignado al demandante para cumplir con los deberes propios del cargo que ocupaba, llevan a concluir que con su conducta laxa y permisiva, comprometió la dignidad de la administración pública (artículo 8° Decreto 2400 de 1968 cuya violación se le imputó), pues dio lugar a que con el vehículo oficial a él asignado, la entidad responsable de la protección de los recursos faunísticos del país, se viera comprometida en un ilícito contra los mismos recursos que debía salvaguardar. No puede entonces tacharse de inmotivada la decisión de la comisión de personal ni la del gerente en relación con la calificación de las faltas imputadas al accionante y la sanción a que ellas daban lugar, como lo hace la parte actora. Tampoco puede admitirse que la formulación de cargos fue tan general que no permitió su establecimiento pleno, por cuanto basta leer el pliego respectivo, para advertir que luego de relacionar 12 hechos que permitían involucrar el nombre del actor en la comisión de faltas disciplinarias, se señala que su comportamiento es contrario al artículo 6° del Decreto 2400 de 1968. De acuerdo con lo anterior, no se configura en el *sub lite* falsa motivación, ni expedición irregular del acto acusado, ni desviación de poder, ya que no se demostró que se expidieran por móviles ajenos al buen servicio público.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá D. C., cinco (5) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación número 6157.

Referencia: Autoridades Nacionales.

Actor: Jaime Escobar Herrera.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la Sentencia proferida el 7 de junio de 1991 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B.

### LA DEMANDA

El señor Jaime Escobar Herrera, por intermedio de procurador judicial, solicitó ante esta Corporación la declaratoria de nulidad de las Resoluciones números 655 y 889 del 3 de junio y 27 de julio de 1982 de la Gerencia General del Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena, por las cuales se le

destituyó del cargo de Jefe de Oficina 2045-09 Control y Vigilancia, y el consiguiente restablecimiento del derecho.

Expresa el libelista que el 22 de marzo de 1982 el Gerente General del Instituto comisionó al Jefe de la División de Control Administrativo para iniciar una investigación interna destinada a aclarar la situación presentada en la entonces Intendencia de Arauca referente a un contrabando de chigüiro, en la cual aparentemente aparecían implicados los señores Jaime Vidal, Revisor de la Contraloría ante el Inderena en el Aeropuerto Eldorado, y Gustavo Cruz Flórez funcionario de esa entidad, y para fijar la responsabilidad que en ese asunto pudiera caberle al demandante; que justamente ese mismo día, dice el actor, había solicitado a la gerencia abrir investigación sobre esos hechos, en razón de que el vehículo Land Rover con placas EL-7051 que le había sido asignado por el Inderena para el cumplimiento de sus funciones, había aparecido en la ciudad de Arauca en poder del señor Gustavo Cruz.

El Jefe de la División de Control Administrativo, continúa relatando, ordenó abrir la aludida investigación y, sin estar facultado, subcomisionó al señor Darío Agudelo Romero, funcionario de menor jerarquía que la suya, para adelantar algunas diligencias investigativas que no se precisaron en Bogotá y en las Intendencias de Arauca y Casanare.

Igualmente señala que, por Resolución 0421 de 1982, fue suspendido en el ejercicio de sus funciones por el término de 60 días mientras se adelantaba la investigación y que la gerencia general el 23 de marzo de 1982, le formuló 12 cargos que resume así: indebida utilización del vehículo mencionado, presuntamente utilizado por Gustavo Cruz Flórez y Jaime Vidal Martínez para escoltar una caravana de 5 camiones en los que aparentemente se transportaba carne de chigüiro que fue objeto de decomiso; otorgar permiso por tres días y una comisión a Gustavo Cruz Flórez y ser responsable conjuntamente con los señores mencionados y con las personas que en ese documento se citan, del aprovechamiento ilícito de la especie mencionada; cargos con base en los cuales se le imputó la violación de los artículos 6° y 8° del Decreto 2400 de 1968.

Sin que se practicaran algunas de las pruebas que solicitó y descartando las que fueron diligenciadas, el Jefe de la División de Control Administrativo rindió informe sobre las conclusiones de la investigación no al Gerente General como debió hacerlo, sino a la Comisión de Personal, en el que excediéndose en sus funciones calificó la falta y sugirió la sanción a imponer, lo que implicó un prejuizgamiento y predispuso el ánimo de dicha comisión, órgano que, al igual que el gerente, omitiendo evaluar objetivamente las pruebas allegadas a la investigación, se remitió a las conclusiones del investigador, y con base en ellas decidió imponerle la sanción de destitución por medio de los actos acusados, los cuales adolecen de falsa motivación y fueron expedidos en forma irregular, con violación de la ley y abuso y desviación de poder, porque se violó el derecho de defensa y la garantía del debido proceso; porque la calificación de la falta no la hizo el gerente y no se dosificó la sanción teniendo en cuenta su conducta

## SECCION SEGUNDA

anterior, porque no hubo pronunciamiento de la comisión de personal ni del gerente acerca de la exoneración de responsabilidad respecto del funcionario Alfonso Valdés Vidales recomendada por el investigador, por lo cual se rompió la unidad procesal y porque algunos testimonios se recibieron sin la formalidad del juramento.

Como normas violadas se citan los artículos 26 de la Constitución Política de 1886, 5° de la Reforma Plebiscitaria de 1957, 62 a 66 del C. C. A., 6°, 8°, 11 a 14, 25, 57, 58 y 61 del Decreto 2400 de 1968, 130 a 140, 149 a 158 y 161 del Decreto 1950 de 1973, 174, 175, 200, 226-227, 228, 233, 251 a 262 del Código de Procedimiento Civil, cuyo concepto de violación aparece a folios 6 a 9.

### LA SENTENCIA

Para denegar las súplicas de la demanda, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, corporación a la cual por competencia se remitió el proceso luego de la expedición en 1984 del nuevo C. C. A., tuvo en cuenta que el demandante no suministró los elementos necesarios que permitieran efectuar las confrontaciones pertinentes en orden a concluir que se incurrió en irregularidades en el adelantamiento del proceso disciplinario -no indicó cuáles fueron las pruebas solicitadas y no practicadas, ni las documentales no apreciadas, etc.-; que fue el gerente mismo, al ordenar abrir la investigación, quien dispuso que la adelantara el Jefe de la División de Control Administrativo, funcionario que comisionó al doctor Agudelo Romero para efectuar algunas diligencias investigativas; que el jefe de la citada división formuló los cargos al demandante y expuso sus conclusiones y recomendaciones sobre la investigación, las cuales no tenían valor distinto al de ser conocidas por el gerente, quien podía o no tenerlas en cuenta, "sin que el hecho de su enunciación afecte la validez de la actuación", como tampoco lo afecta la circunstancia de que el secretario de la comisión de personal también las hubiera conocido, ya que no existe norma que consagre tal prohibición.

Adujo también el Tribunal que dicho funcionado -Secretario de la Comisión-, dado el cargo que desempeñaba, debía estar presente en esa etapa de la investigación, por lo que podía enterarse de esas conclusiones, que luego de ser acogidas por la comisión lo fueron por el gerente; que no puede admitirse que el concepto de esa comisión carezca de motivación, porque en el acta número 7 se dijo que se habían estudiado los hechos constitutivos de indicios graves sobre la participación del demandante y de Gustavo Cruz Flórez en el aprovechamiento ilícito del chigüiro y se indicó que el procedimiento seguido fue legal y se declaró la conformidad con las conclusiones del investigador; de suerte que resultaba innecesario volver en detalle sobre lo actuado.

Para desestimar el argumento del libelista en el sentido de que en el *sub lite* se desconocieron los principios que rigen en el derecho penal en relación con el recaudo y valoración de la prueba, el *a quo* se apoyó en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, según la cual, si bien las faltas disciplinarias dan lugar a una sanción de esa naturaleza para el funcionario que incurriere en ellas, éstas no se identifican con los delitos, dado que se hallan encaminadas específicamente a tutelar el buen desempeño

de la función pública, y finalmente avaló las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas en los actos acusados, porque hacen claridad sobre la razón y fundamento de los cargos formulados al actor y su consiguiente responsabilidad.

## EL RECURSO

El apelante señala que desde el comienzo de la investigación administrativa disciplinaria ha sostenido que no tuvo participación en el aprovechamiento ilícito de la especie chigüiro y que la vinculación a la operación de decomiso de carne de este animal, del automóvil del Inderena a él asignado, fue la consecuencia del uso abusivo de parte del señor Gustavo Cruz Flórez; que esas aseveraciones no han sido desvirtuadas ni en la etapa administrativa ni dentro del proceso; que la responsabilidad disciplinaria que se le imputa se determinó con base en testimonios recepcionados por funcionario incompetente, de personas a las cuales no les constan los hechos directamente y que se contradicen y en informes de funcionarios del Inderena que no fueron ratificados, así como en presunciones de responsabilidad por autoría intelectual, en razón de que el vehículo mencionado estaba asignado a él y de haber otorgado irregularmente al autor material -señor Cruz Flórez- un permiso y una comisión de servicio, pues el beneficiario de ellos había sido retirado del servicio por supuesto abandono del cargo.

Reitera que ni la comisión de personal ni el gerente hicieron la calificación de la falta, ni la dosificación de la misma como lo ordena la ley; que todo eso lo hizo el funcionario investigador que no tenía competencia para ello y advierte que no es que haya sostenido que el Estado deba aportar plena prueba de la responsabilidad del inculpado de faltas disciplinarias, sino que aspira a que por lo menos la falta esté tipificada en la ley, no pudiéndose formular cargos si no están contemplados como falta; que no basta señalar que se dio el incumplimiento de deberes y obligaciones sin precisar por qué razón o causa ello ocurrió y que en el presente caso, los cargos se formularon de manera general, vaga e imprecisa, que condujo a que no se establecieran plenamente.

## LA VISTA FISCAL

La Procuradora Delegada Novena en lo Contencioso, estima que el accionante incurrió en faltas disciplinarias previstas en el artículo 6º del Decreto 2400 de 1968, pues le facilitó en calidad de préstamo a Gustavo Cruz Flórez el campero de uso oficial para que atendiera asuntos personales en contravención de las normas que prohíben la utilización de esos automotores para dichos fines y le autorizó sin tener competencia, una comisión al mismo funcionario, según el actor afirma; que la administración agotó en su contra el proceso disciplinario conforme al Decreto 1950 de 1973; que el demandante ataca los actos impugnados por fallas en el procedimiento que no alcanzan a viciar de nulidad la actuación, pero que en ningún momento trata siquiera de demostrar su falta de responsabilidad en relación con los hechos que se le endilgan; precisa que no se requiere, como lo asevera el apelante, la ratificación de los informes de los funcionarios del Inderena en los cuales se basó la sanción, porque según el artículo 251 del

## SECCION SEGUNDA

Código de Procedimiento Civil son documentos públicos; que no se puede considerar que los testimonios fueron recibidos por funcionario incompetente, porque el señor Agudelo Romero tiene como función propia de su cargo la de adelantar las investigaciones administrativas que le ordene el Jefe de la Sección; que era inexcusable que el señor Escobar Herrera ignorara que había sido declarada la vacancia del cargo del señor Cruz Flórez en el momento de facilitarle el carro oficial y ordenar la aludida comisión y que en el *sub lite* no existían circunstancias atenuantes o eximentes sino agravantes, como es el hecho de que el Jefe de la Oficina de Control y Vigilancia de la entidad que está encargada de proteger los recursos naturales fáunicos, se vea involucrado así sea indirectamente, en decomiso ilegal de caza vedada, lo cual generó un escándalo de gravísimas consecuencias para la entidad demandada (folio 294).

Con base en los anteriores planteamientos, el Ministerio Público impetra la confirmación de la sentencia.

Surtido el trámite de la segunda instancia, se procede a decidir, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

En primer lugar, la Sala se referirá al cargo relacionado con la supuesta incompetencia del señor Darío Agudelo Romero, profesional universitario adscrito a la División de Control Administrativo, para adelantar, por disposición del jefe de dicha dependencia, funcionario a quien el gerente general de la entidad había ordenado abrir investigación disciplinaria para establecer la responsabilidad que pudiera caberle entre otros empleados, al accionante por su intervención en el aprovechamiento ilícito de la especie chigüiro, algunas diligencias investigativas en Bogotá y en Tame (folio 5 cdno. 6), en virtud de que el doctor Agudelo Romero dentro de la institución ostentaba una menor jerarquía que el demandante.

Sobre el particular, se observa que para la época en que ocurrieron los hechos, se hallaba vigente el Decreto 1950 de 1973, que en su artículo 155 disponía que cuando el jefe del organismo considerara necesario adelantar una investigación, designaría un funcionario de igual o superior jerarquía a la del inculpado, para que adelantara las diligencias que fueran necesarias.

Pues bien, el gerente del Inderena al solicitarle al Jefe de la División de Control Administrativo que abriera la investigación aludida (folio 3 cdno. 5), observó tal precepto, porque la designación que hizo recayó sobre un funcionario que tenía una posición jerárquica no inferior a la del señor Escobar Herrera y no podría admitirse el desconocimiento de esa norma en razón de que a su vez, este funcionario encargara a un subalterno suyo, adscrito a la dependencia que presidía y que tenía entre sus funciones, la de adelantar las investigaciones administrativas que le asignara el jefe de la Sección (folio 50) para que cumpliera en este caso algunas de las diligencias investigativas, por cuanto no existía disposición superior que señalara que dicho funcionario debía realizar éstas personalmente o que prohibiera al investigador así designado, para encomendar a otro efectuar algunas de tales diligencias, menos si como en el *sub lite*,

entre las funciones del último se hallaba, como se dijo, la de adelantar aquellas de ese carácter que le indicara el jefe inmediato.

Carece entonces de fundamento la impugnación que por esta razón se hace al acto acusado.

En el pliego de cargos (folios 234 a 238 cdno. 5) formulado al accionante directamente por el gerente general, se relacionan 12 hechos que se estima involucran su nombre en el aprovechamiento ilícito de la especie faunística chigüiro, exactamente con el cargamento de carne decomisado por funcionarios del Inderena en Arauca, Boyacá y Casanare, en cumplimiento del operativo Chigüiro 82, mediante Resoluciones 030 y 031 de 1982.

De conformidad con la Resolución 0880 de 1992, confirmatoria de la 0655 del mismo año, los presupuestos en que se fundamentó la sanción de destitución que se le impuso al señor Escobar Herrera, fueron “en primera instancia el uso irregular de un vehículo oficial el Jeep Land Rover de Placas EL-7051 asignado al doctor Jaime Escobar Herrera, el que apareciera en la Intendencia de Arauca siendo conducido por persona diferente a su signatario y en hechos que son actualmente de investigación de la Justicia Penal Ordinaria sin que mediara autorización oficial para el préstamo en cuestión, circunstancias que han determinado desmedro y desprestigio de esta entidad ante la opinión pública como parte de la Administración Pública que tiene este instituto, la negligencia en el desempeño del cargo al no haber proveído lo necesario a fin de corregir las faltas disciplinarias cometidas por su subalterno Gustavo Cruz Flórez al no cumplir con el horario establecido acarreado y propiciando desorden y anarquía dentro del personal de esta entidad y, en forma accesoria, por la responsabilidad y presunta participación del doctor Escobar en el aprovechamiento ilegal de la especie de la fauna silvestre denominada “hidrochaeris - hidrochaeris” (Chigüiro) y por ende contraventor del Decreto-ley 2811 de 1974 y su reglamentario 1608 de 1978, actividades incompatibles con el decoro y dignidad del cargo que éste desempeñaba en el Inderena” (folio 22).

Se establecerá entonces si los hechos en que se apoyó esa determinación, se encuentran o no acreditados en el expediente:

1º. Utilización indebida del vehículo oficial Jeep Land Rover de Placas EL-7051 asignado al actor para su uso.

Es directamente el demandante quien en el memorando 179 de 22 de marzo de 1982 dirigido al Gerente General, da cuenta de su ocurrencia, cuando al referirse al decomiso de gran cantidad de chigüiros en la región de Arauca, señala que “el hecho de aparecer el vehículo Land-Rover con Placas EL-7051 asignado a mi cargo en la ciudad de Arauca obedece al abuso de confianza del señor Gustavo Cruz quien aduciendo problemas de carácter familiar y abusando de mi buena fe me pidió le fuera facilitado el Jeep por el término de 3 días, a partir del pasado jueves 11 de los corrientes” (folio 3 cdno. 6) (Subrayado fuera de texto).

## SECCION SEGUNDA

También se comprueba la utilización de dicho automotor por el señor Cruz en la comisión del ilícito a que se hizo mención, a través del informe del operativo realizado el 18 de marzo de 1982 por el Jefe del Proyecto Chigüiro Arauca, rendido por el señor José Antonio Meléndez Delgado al Director Regional del Inderena en Arauca, visible a folio 24, en el cual se relata la forma en que fueron incautados los camiones cargados de carne de chigüiro y la presencia *in situ* del señor Cruz Flórez conduciendo el Land Rover de Placas EL-7051, que se dice integraba la caravana conformada por tales automotores (folios 24 y 25 cdno. 6).

Esté informe, como bien lo destaca el Ministerio Público, es un documento público, no redargüido de falso, de suerte que ostenta el poder probatorio que le otorga el artículo 264 del Código de Procedimiento Civil.

De otra parte, aunque la versión que el señor Escobar Herrera dio al investigador en la exposición que efectuó el día 16 de marzo de 1982, no coincide con lo que informó al gerente en el citado memorando, sirve igualmente para comprobar que permitió al señor Cruz Flórez usar para fines particulares el vehículo oficial que tenía asignado. Así es su relato:

“...Quiero manifestarle que el pasado diez de marzo el señor Gustavo Cruz Flórez inspector Guardabosque dependiente de la Regional Cundinamarca y asignado al sector Eldorado, persona con quien no me liga ninguna clase de parentesco pero que sí conozco de tiempo atrás y de quien personalmente no tenía motivos para desconfiar, me comentó que tenía un viaje pendiente para la ciudad de Valledupar, en donde esperaba definir su situación laboral y que al regreso de la ciudad presentaría formalmente su renuncia ante Inderena.

Que si podía facilitarle el vehículo y que él calculaba que en el término de tres días estaría de regreso a Bogotá. Quiero anotar que el Jeep Land Rover a esa fecha adolecía de unas pequeñas fallas de carácter mecánico que el señor Cruz se comprometió a arreglar y en base a la confianza que yo tenía del citado señor y aprovechando que de la ci (sic) población de Chimichagua Departamento del Cesar habían llegado algunas quejas de personas muy prestantes de la localidad referentes al uso indebido de aparatos de artes de pesca en ciénaga de Zapatosa consideré conveniente aprovechar la oportunidad para encargarle al señor, Cruz que de paso practicara una visita al sitio ya mencionado y me rindiera un informe sobre el particular. Consideré que el vehículo era un medio idóneo para ejecutar este cometido” (folios 7 y 8 cdno. 6).

Independientemente de que el señor Cruz Flórez, en el momento en que fue localizado en Arauca por los funcionarios del Inderena encargados del Proyecto Chigüiro, se encontrara en uso de permiso o cumpliendo una comisión oficial, la verdad es que las piezas procesales referenciadas, demuestran que el demandante en forma irregular -no existe justificación alguna para ello-, permitió que un tercero usara con fines ajenos al servicio público el vehículo que el Inderena le había asignado para el cumplimiento del trabajo que como jefe de la oficina de control y vigilancia debía desempeñar.

En estas condiciones, esto es, teniendo en cuenta que las afirmaciones del accionante y las pruebas documentales referenciadas son suficientes para acreditar este cargo, la Sala estima innecesario efectuar el estudio de los testimonios que dan cuenta de los hechos en que se apoya, cuya validez cuestiona la parte actora.

De otra parte, se acota que es inexacta la aseveración del actor en el sentido de que en uso de sus atribuciones otorgó una comisión al señor Cruz Flórez que luego se legalizaría, por cuanto según consta a folio 54 "... el Doctor Jaime Escobar Herrera, como Jefe de la Oficina Nacional de Control y Vigilancia, no podía ordenar Comisiones, las Comisiones sólo pueden ser ordenadas por la Gerencia General o Subgerencia Administrativa y Financiera".

2°. Negligencia en el desempeño del cargo por no haber proveído lo necesario a fin de corregir las faltas disciplinadas cometidas por su subalterno Gustavo Cruz Flórez al no cumplir con el horario de trabajo.

Al respecto se acota que las propias declaraciones del actor dan cuenta que el señor Cruz Flórez aunque nominalmente se hallaba inscrito a la Regional Cundinamarca del Inderena como guardabosque en el Aeropuerto Eldorado, dependía directamente del Jefe de la División de Control. Así, a la pregunta "¿Sabe usted doctor Escobar Herrera nominalmente a qué dependencia del Inderena pertenecía el señor Gustavo Cruz Flórez y bajo qué órdenes o jefe inmediato dependía?" respondió:

"Sí. Sobre este particular manifiesto que la situación que se presenta actualmente con todo el personal de inspectores adscritos al Sector Eldorado (sic) en la ciudad de Bogotá es muy particular, pues desde el punto de vista nominal esto es de la dependencia de nómina tanto del señor Cruz como demás funcionarios que laboran en el Aeropuerto dependen o son pagados por la Regional Cundinamarca pero están bajo la dependencia directa del suscrito, vale decir que ellos acatan las órdenes que se imparten de esta jefatura aunque sean pagos por la Regional Cundinamarca", (folio 9 cdno. 6).

Ahora bien, aunque el Director Regional de Cundinamarca al requerir de la Gerencia General la declaratoria de vacancia del cargo que aquél ocupaba, manifiesta haberse enterado de su falta al trabajo desde el 15 de febrero de 1982, por información de los señores del Proyecto Control y Vigilancia, la verdad es que no aparece en el expediente prueba alguna que demuestre que el accionante, jefe de dicha División, hubiera adelantado gestión alguna en orden a tomar las medidas administrativas que en ese evento prevé el ordenamiento jurídico. No se acreditó que informara a la dependencia pertinente sobre la ausencia del señor Cruz de su trabajo o que, como jefe inmediato de aquél, adoptara alguna medida para establecer el por qué de ese proceder y actuar de conformidad, pues no se puede aceptar que lo ignorara ya que si funcionarios de esa División estaban enterados de la ausencia al trabajo del señor Cruz Flórez, también lo debería estar el jefe de la misma.

Pero hay más: el demandante antes de realizar las diligencias tendientes a esclarecer dicha situación para adelantar las actuaciones pertinentes -tramitación de de-

## SECCION SEGUNDA

claratoria de vacancia del cargo-, no obstante el comportamiento del señor Cruz Flórez, resolvió, según él mismo lo declara, concederle permiso o conferirle comisión, sin la observancia de los requisitos que al efecto prevé el ordenamiento jurídico.

Es evidente entonces que hubo negligencia por parte del accionante para proveer lo pertinente respecto del señor Cruz Flórez, por su proceder irregular al no asistir por varios días al sitio de trabajo. Por esa razón, la Sala estima que con su conducta omisiva el señor Escobar Herrera incurrió en incumplimiento de los deberes propios del cargo que desempeñaba.

Ahora bien, aunque las pruebas obrantes en autos no son contundentes para demostrar la participación directa del accionante en el aprovechamiento ilícito de la especie chigüiro, los hechos acreditados referentes tanto a la presencia *in situ* del señor Cruz Flórez cuando se realizó el decomiso de los chigüiros mencionados, a quien el doctor Escobar Herrera supuestamente le había otorgado un permiso no solicitado y una comisión no legalizada como a la utilización por parte de aquél del campero que el Inderena le había asignado al demandante para cumplir con los deberes propios del cargo que ocupaba, llevan a concluir que con su conducta laxa y permisiva, comprometió la dignidad de la administración pública (art. 8° Decreto 2400 de 1968 cuya violación se le imputó), pues dio lugar a que con el vehículo oficial a él asignado, la entidad responsable de la protección de los recursos faunísticos del país, se viera comprometida en un ilícito contra los mismos recursos que debía salvaguardar.

De ahí que la Sala estime que no es desacertada la aseveración contenida en la Resolución 889 de 1982 en el sentido de que le cabe una responsabilidad por una presunta participación en el aprovechamiento ilícito de la especie de la fauna silvestre denominada *Hidrochaeris - hidrochaeris*.

Tampoco son útiles a los propósitos del apelante los argumentos referentes al desconocimiento del debido proceso porque el investigador en el informe que rindió de la investigación aludida, emitió su concepto acerca de la naturaleza de la falta y de la sanción a imponerle y a la ausencia de motivación por parte de la comisión y de la gerencia para acoger el concepto de aquél.

En efecto, la Sala estima suficientes los razonamientos, tanto de la comisión de personal como de la gerencia, al decidir acoger la recomendación del investigador, pues la primera, según se consignó en el acta número 7 de la reunión celebrada el 10 de junio de 1982, dijo al respecto que efectuado "el estudio de los hechos (sic) que reposan en el expediente", se concluye que constituyen indicios graves sobre la participación del doctor Jaime Escobar Herrera en el aprovechamiento ilícito del chigüiro; que la división de control administrativo en el adelantamiento del proceso se ciñó a la ley y que por esa razón recomienda al gerente acoger lo propuesto por dicha división en el sentido de destituir del cargo que ocupaba (folios 122 y 123).

Por su parte, la Gerencia del Inderena en la Resolución 0655 de 1982, sobre el tema, manifestó:

“...El informe de la División de Control Administrativo consta en el memorando número DCA-136 de fecha 5 de mayo de 1982, que con sus antecedentes hace parte integral de la presente resolución, lo mismo que la actuación surtida ante la Comisión de Personal que, en el proceso final del trámite disciplinario adelantado con arreglo al procedimiento señalado por el Decreto 1950 de 1973, artículos 149 y siguientes, recomendó a esta Gerencia: a) Imponer al doctor Jaime Escobar Herrera, quien desempeña el cargo de Jefe de Oficina 2045-09, Control y Vigilancia, la sanción de destitución con inhabilidad para ejercer cargos públicos por el término de un año”.

Y más adelante:

“...Respecto de los hechos que originaron la investigación disciplinaria se tiene que las conclusiones de la División de Control Administrativo son plenamente consistentes en los resultados expuestos, colocándose al doctor Jaime Escobar Herrera como responsable de hechos que constituyen falta disciplinaria de acuerdo con el Decreto 2400 de 1968 (arts. 6°, 8° y 9°) que tratan de los deberes y prohibiciones a que está sujeta el cumplimiento de las funciones de los empleados públicos” (folio 12). (Subrayas fuera de texto).

No puede entonces tacharse de inmotivada la decisión de la comisión de personal ni la del gerente en relación con la calificación de las faltas imputadas al accionante y la sanción a que ellas daban lugar, como lo hace la parte actora.

Tampoco puede admitirse que la formulación de cargos fue tan general que no permitió su establecimiento pleno, por cuanto basta leer el pliego respectivo (folios 66 a 70 cdno. 2) para advertir que luego de relacionar 12 hechos que permitían involucrar el nombre del actor en la comisión de faltas disciplinarias, se señala que su comportamiento es contrario al artículo 6° del Decreto 2400 de 1968 que dice:

“Son deberes de los empleados respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos; desempeñar con solicitud, eficiencia e imparcialidad las funciones de su cargo...responder del uso de la autoridad que les haya sido otorgada y de la ejecución de las órdenes que puedan impartir, sin que en ningún caso queden exentos de la responsabilidad que les incumba por la que corresponda a sus subordinados...vigilar y salvaguardar los intereses del Estado... responder por la conservación de los documentos, útiles, equipos, muebles y bienes confiados en su guarda o administración y rendir oportunamente cuenta de su utilización; poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar la administración y las iniciativas que se estimen útiles para el mejoramiento del servicio y las demás que determinen las leyes o reglamentos” y el artículo 8° que prohíbe: “dedicarse, tanto en el servicio como en la vida social, a actividades que puedan afectar la confianza del público, y observar habitualmente una conducta que pueda comprometer la dignidad de la administración pública” (folio 69 cdno. 2).

De acuerdo con lo anterior, no se configura en el *sub lite* falsa motivación, ni expedición irregular del acto acusado, ni desviación de poder, ya que no se demostró que se expidiera por móviles ajenos al buen servicio público.

## SECCION SEGUNDA

Por lo demás la Sala, comparte lo expresado por la Agencia Fiscal en cuanto a la no aplicación o inexistencia de circunstancias atenuantes de la falta, en los siguientes términos: "En relación a que no se aplicaron circunstancias atenuantes eximentes, la Procuraduría, considera que de conformidad con los artículos 135 y 136 del Decreto 1950 de 1973, éstas no existieron. Por el contrario, el agravante tenido en cuenta por el Inderena, por el cargo desempeñado por el actor, se ajusta a la ley, porque si 'el Jefe de la Oficina de Control y Vigilancia' de la entidad estatal encargada de proteger los recursos faúnicos, se ve involucrado, así sea indirectamente, en decomiso ilegal de caza vedada, genera un escándalo de gravísimas consecuencias para la demandada" (folio 273).

Careciendo de fundamento los argumentos en que el actor sustenta la impugnación de los actos acusados, fuerza concluir que se ajustan a derecho, siendo viable confirmar la sentencia apelada por denegatoria 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:

CONFIRMASE la sentencia fechada el 7 de junio de 1991, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección B., en el proceso promovido por Jaime Escobar Herrera, contra el Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente, Inderena.

Cópiese, notifíquese, devuélvase al Tribunal de origen e insértese en los **Anales del Consejo de Estado**. Cúmplase.

El anterior proyecto fue discutido y aprobado por la Sala en sesión celebrada el día 22 de febrero de 1996.

Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

## **FUNCIONARIO DE CARRERA - Status/ INSCRIPCION EN EL ESCALAFON**

El status de empleado de carrera administrativa se adquiere previo el cumplimiento de las diversas etapas y requisitos que establece la ley, proceso que culmina con la expedición del acto administrativo por parte de la autoridad competente que ordena la inscripción del aspirante en el escalafón respectivo.

## **CARRERA PENITENCIARIA/ INSCRIPCION EN EL ESCALAFON - Inexistencia / EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION**

El Decreto 2655 de 1973 por el cual se organiza la carrera penitenciaria, consagra como requisito previo para la inscripción en el escalafón la obtención de título de idoneidad. El accionante no probó haber obtenido ese título de idoneidad, luego no podía ser inscrito en el escalafón y por ello no estaba investido de las prerrogativas legales que le confieren una estabilidad relativa en el servicio. En consecuencia, el accionante era un empleado de libre nombramiento y remoción, y como tal estaba sujeto a la discrecionalidad de la autoridad nominadora responsable del mantenimiento y protección del buen servicio público.

## **FACULTAD DISCRECIONAL/ FACULTAD DISCIPLINARIA - Independencia**

Esta Corporación en forma reiterada ha sostenido que la facultad discrecional del nominador para desvincular de la administración a un empleado sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar posibles faltas, y que la comisión de una falta no genera el privilegio de la inamovilidad en el cargo. Igualmente ha expresado que la declaratoria de insubsistencia no adquiere la naturaleza y el carácter de una destitución, por el hecho de que ella obedezca a causas que perturben el buen servicio público, pues tal argumento llevaría al absurdo de considerar que sólo los empleados intachables puedan ser declarados insubsistentes.

## **DIRECTOR DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO/ PROCESO DISCIPLINARIO/ FUGA DE PRESOS**

Para la Sala es evidente que el establecimiento carcelario bajo la dirección del censor se encontraba en una preocupante y grave situación de

## SECCION SEGUNDA

ineficiencia que hizo posible que se produjeran 45 fugas de reclusos de dicha cárcel, y entre ellas la de uno de los considerados como más peligrosos según lo afirmó la entidad demandada en la contestación del libelo quien por ello se encontraba bajo "vigilancia especial". Ante la situación negativa que estaba afectando al importante establecimiento carcelario, la administración estaba obligada a obrar con especial celo en el logro y mantenimiento de un óptimo servicio, tomando urgentemente las medidas que estimó necesarias para su protección; y si bien, la autoridad competente estaba legalmente obligada a iniciar inmediatamente una averiguación de orden administrativo disciplinario para determinar la responsabilidad de los funcionarios en los graves hechos, tal medida no les confería fuero de estabilidad ni les impedía ejercer su derecho de defensa, pues la administración continuó adelantando el trámite disciplinario del cual desafortunadamente sólo se tiene noticia hasta el informe del funcionario investigador.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá D. C., trece (13) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas*.

Radicación número 10549.

Referencia: Resoluciones ministeriales. Consulta sentencia.

Actor: José Oswaldo Bonilla Rincón.

Procede la Sala a desatar el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de mayo 6 de 1994, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, en el proceso promovido por José Oswaldo Bonilla Rincón contra la Nación-Ministerio de Justicia.

### ANTECEDENTES

1. El accionante, a través de apoderado, en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia declarar nula la Resolución número 818 de mayo 3 de 1988 expedida por el Ministro de Justicia, por medio de la cual se declaró su insubsistencia del cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, Grado 18 de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín. Como consecuencia de lo anterior, solicitó su reintegro al cargo o a otro de igual o superior categoría; declarar que tiene derecho a permanecer en dicho cargo hasta cuando sea legalmente removido; ordenar el pago de sueldos y demás prestaciones dejados de percibir, incluyendo los aumentos de ley; reconocer que para todos los efectos no se ha producido solución de continuidad en la prestación del servicio, se ordene el cumplimiento del fallo según lo dispuesto por el artículo 176 del C. C. A.; y se le reconozcan los demás derechos que surjan de los hechos de la demanda.

2. El Tribunal en el fallo objeto de la consulta, declaró la nulidad del acto acusado, ordenó el reintegro del actor a un cargo de igual categoría al que fue desvinculado, el pago de los salarios y demás prestaciones dejados de percibir, dispuso que, no ha habido solución de continuidad en la prestación del servicio y ordenó que el fallo se cumpla en los términos del artículo 176 del C. C. A.

Estimó el *a quo* que el nominador incurrió en desviación de poder al expedir el acto acusado, por cuanto con la decisión de desvincular al accionante se pretendió sancionarlo por la fuga de un recluso; a esta conclusión llegó por la existencia de los siguientes indicios:

- a) La coincidencia en el tiempo de la declaratoria de insubsistencia y la apertura de la investigación disciplinaria seguida en contra del censor;
- b) El pliego de cargos formulado en contra del citado, en donde se le acusa de haber observado una conducta negligente que facilitó la fuga del interno;
- c) Una información de prensa al día siguiente de la desvinculación en donde el Director General de Prisiones relaciona esa medida con el insuceso carcelario;
- d) La exoneración de todo cargo al actor expresada en el concepto de fondo del funcionario investigador;
- e) La meritoria hoja de vida del demandante y su abnegada labor reconocida por sus superiores.

3. El señor Procurador Tercero Delegado ante esta Corporación conceptuó que se debe confirmar la sentencia consultada, por cuanto existen una serie de indicios que muestran el nexo causal entre el hecho de la fuga de un recluso y la desvinculación del accionante. De allí que la administración haya cometido una arbitrariedad ya que la facultad discrecional de nombramiento y remoción es distinta de la facultad disciplinaria; no es lo mismo investigar a un empleado que a un ex empleado; los estatutos disciplinarios autorizan la suspensión provisional de un empleado en caso de investigación por una falta grave; y se debe analizar el caso en su realidad particularísima para no caer en generalizaciones.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, se decide previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

1. En el presente proceso se encuentra establecido:

- a) El actor estuvo vinculado al Ministerio de Justicia en el cargo de Director de Establecimiento Carcelario, Código 5070, Grado 18 en la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín del 11 de diciembre de 1986 al 3 de mayo de 1988 (fls. 111 y 112, c. ppal.);
- b) En el citado establecimiento carcelario se encontraba recluso bajo “vigilancia especial”, entre otros, el condenado Armando Alberto Prisco Lopera o Jorge Acevedo

## SECCION SEGUNDA

Rodríguez o Armando Prisco, quien se fugó el 29 de abril de 1988 (fls. 8, 10 y 13, c. 2);

c) En memorando del Comandante de Vigilancia de la mencionada cárcel dirigido a los Comandantes de los Pabellones en abril 6 de 1988 se expresó lo siguiente:

“La Dirección y el Comando de Vigilancia, miran con extrañeza cómo el personal de internos de Vigilancia Especial deambulan por fuera de sus pabellones respectivos, dando con esto lugar a que en el futuro se pueda presentar algo grave que lamentar...” (fl. 12, c. 2).

d) Según constancia del Director General de Prisiones, durante el tiempo que permaneció el accionante como Director de la Cárcel del Distrito Judicial de Medellín (año y cinco meses) se produjeron 45 fugas de reclusos adscritos a dicho establecimiento (fl. 188, C. Ppal.);

e) Mediante Resolución número 818 de mayo 3 de 1988, que constituye el acto acusado, el Ministro de Justicia declaró la insubsistencia del nombramiento del censor en el cargo que venía desempeñando (fl. 242, c. ppal.);

f) Mediante auto de mayo 3 de 1988 el Jefe de la División de Inspección de la Dirección General de Prisiones ordenó el adelantamiento de una investigación administrativa con ocasión de la fuga del recluso antes mencionado (fl. 1, c. 2). En desarrollo de dicha investigación le fue formulado al actor pliego de cargos por presunta conducta negligente y falta de control que facilitó la evasión citada (fls. 83 a 86, c. 2). En el informe el Visitador Administrativo que adelantó la investigación conceptuó que se debía exonerar al accionante de todo cargo por cuanto no fue responsable del hecho investigado (fl. 283, c. 2). Se desconoce si este concepto fue acogido por la autoridad competente y cómo concluyó el disciplinario.

2. Sostiene el censor que fue ilegalmente desvinculado del servicio por cuanto se desconoció su derecho adquirido de acceder a la carrera penitenciaria, ya que cumplió con todos los requisitos legales exigidos para ello; y si bien el proceso de ingreso a dicha carrera no culminó con la expedición del título de idoneidad y la orden de inscripción en el respectivo escalafón de carrera, éste se debió a negligencia de la administración; de tal manera que de hecho pertenecía a la carrera penitenciaria y como tal estaba amparado por prerrogativas legales.

En varias oportunidades la Sala ha expresado que el status de empleado de carrera administrativa se adquiere previo el cumplimiento de las diversas etapas y requisitos que establece la ley, proceso que culmina con la expedición del acto administrativo por parte de la autoridad competente que ordena la inscripción del aspirante en el escalafón respectivo.

El Decreto 2655 de 1973 por el cual se organiza la carrera penitenciaria, consagra como requisito previo para la inscripción en el escalafón la obtención de título de idoneidad (arts. 14 a 19). Prescribe el artículo 19 del citado decreto lo siguiente:

“Una vez que la Escuela Nacional Penitenciaria haya otorgado el título de idoneidad, el Ministro de Justicia ordenará por resolución la inscripción del respectivo empleado en el escalafón de la carrera penitenciaria, en la serie, clase y grado del empleo que corresponda. A partir de este momento el nombramiento se considera hecho en propiedad” (se subraya).

El accionante no probó haber obtenido ese título de idoneidad, luego no podía ser inscrito en el escalafón y por ello no estaba investido de las prerrogativas legales que le confieren una estabilidad relativa en el servicio. En consecuencia, el accionante era un empleado de libre nombramiento y remoción, y como tal estaba sujeto a la discrecionalidad de la autoridad nominadora responsable del mantenimiento y protección del buen servicio público.

3. Sostiene igualmente el demandante que el acto acusado se produjo con desviación o abuso de poder, por cuanto en su sentir se encubrió una destitución bajo la forma de una declaratoria de insubsistencia.

Esta Corporación en forma reiterada ha sostenido que la facultad discrecional del nominador para desvincular de la administración a un empleado sin fuero de estabilidad, es independiente de la función disciplinaria para investigar y sancionar posibles faltas, y que la comisión de una falta no genera el privilegio de la inamovilidad en el cargo.

Igualmente ha expresado que la declaratoria de insubsistencia no adquiere la naturaleza y el carácter de una destitución, por el hecho de que ella obedezca a causas que perturben el buen servicio público, pues tal argumento llevaría al absurdo de considerar que sólo los empleados intachables puedan ser declarados insubsistentes

En el caso *sub judice*, para la Sala es evidente que el establecimiento carcelario bajo la dirección del censor se encontraba en una preocupante y grave situación de ineficiencia que hizo posible que se produjeran 45 fugas de reclusos de dicha cárcel, y entre ellas la de uno de los considerados como más peligrosos según la afirmó la entidad demandada en la contestación del libelo (fl. 182, c. ppal.) quien por ello se encontraba bajo “vigilancia especial”.

De allí que si bien es cierto que la declaratoria de insubsistencia y el inicio de la investigación administrativa por la fuga del interno Armando Alberto Prisco Lopera coincidieron en el tiempo, no puede afirmarse que tal hecho haya sido la causa del retiro; posiblemente fue el que precipitó la medida, ya que ante la situación negativa que estaba afectando al importante establecimiento carcelario, la administración estaba obligada a obrar con especial celo en el logro y mantenimiento de un óptimo servicio, tomando urgentemente las medidas que estimó necesarias para su protección; y si bien, la autoridad competente, estaba legalmente obligada a iniciar inmediatamente una averiguación de orden administrativo disciplinario para determinar la responsabilidad de los funcionarios en los graves hechos, tal medida no les confería fuero de estabilidad ni les impedía ejercer su derecho de defensa, pues la administración continuó adelantan-

## SECCION SEGUNDA

do el trámite disciplinario del cual desafortunadamente sólo se tiene noticia hasta el informe del funcionario investigador.

Respecto a las publicaciones de prensa a las cuales el *a quo* les confiere la calidad de hechos indiciarios, la Sala no les otorga mérito probatorio, por cuanto se trata de informaciones provenientes de personas desconocidas, rendidas sin las formalidades que exige la prueba testimonial (fls. 17 y 18, C. 2).

Por otra parte en el caso *sub judice* se observa que si bien es cierto que el actor acreditó tener una amplia formación profesional, experiencia administrativa y actualización académica en materias relacionadas con sus funciones, ello por sí solo no le confería fuero de estabilidad, porque como se ha anotado, existían otras razones de buen servicio que hacían necesario su relevo.

De tal manera que el análisis ponderado del acervo probatorio lleva a concluir a la Sala que la presunción de legalidad del acto acusado, según la cual se considera emitido en cumplimiento de los cánones constitucionales y legales, y en aras de la protección o mejoramiento del buen servicio público, no ha sido desvirtuada, por lo cual se impone la revocatoria de la sentencia consultada.

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:

*Revócase* la sentencia de mayo seis (6) de mil novecientos noventa y cuatro (1994), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sección Segunda, en el proceso promovido por el doctor José Oswaldo Bonilla Rincón contra la Nación-Ministerio de Justicia.

En su lugar,

### SE DISPONE:

NIEGANSE las pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión del veintidós (22) de febrero de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolby Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

## **INSUBSISTENCIA - Desviación de poder / DESVIACION DE PODER - Configuración**

La desvinculación del accionante es una consecuencia del alegato que tuvo con el nominador, debido a las observaciones sobre la inconveniencia de decretarle vacaciones al mismo tiempo en que se le ordenó disfrutarlas a la persona que, según el reglamento a que los testigos aluden, debía sustituirlo en la labor de control de calidad de la producción. Es incuestionable la relación de causalidad entre estos episodios. No se habría dado la desvinculación del actor, si no se hubiera presentado el conflicto aludido. Lo anterior, obliga a colegir que no fue el deseo de mejorar la prestación del servicio lo que movió a la administración a declarar insubsistente el nombramiento del doctor Villán Rojas por el contrario, las razones de diferencia entre estos, lleva a pensar, que el demandante al oponerse al decreto de sus vacaciones, lo hizo con el propósito de garantizar durante su ausencia el estricto control de calidad sanitaria de la producción de la empresa, a que se refiere el Decreto 3192 de 1983 (art. 9º y concordante).

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda.*  
Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación número 5574.

Referencia: Resoluciones departamentales.

Actor: Pedro Villan Rojas.

Conoce la Sala del recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la Empresa Licorera de Norte de Santander contra la sentencia de 30 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por la cual se decretó la nulidad de la Resolución número 436 de 3 de junio de 1988, expedida por la Gerencia General de dicha empresa, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del señor Pedro Antonio Villán Rojas del cargo de Ingeniero Químico Director del Departamento de Control de Calidad, se ordenó su reintegro al mencionado

## SECCION SEGUNDA

cargo, el pago de los haberes dejados de percibir por el actor a raíz de su desvinculación del servicio, sin solución de continuidad.

### LA SENTENCIA

El Tribunal al fundamentar la decisión favorable a las pretensiones del demandante señaló, que del material probatorio allegado a los autos, se colige “que la actuación del gerente Vera Ramírez entraña una clara desviación de la potestad discrecional a él confiada y ejercitada de manera irregular, en orden a satisfacer animosidad personal, con un móvil de desafecto o de rencor que le produjo en su persona el altercado con el ingeniero Villán Rojas, que entre otras cosas no fue el que lanzó las expresiones que seguramente aquél le desagradaron como lo dice el propio Luis Alfonso, al sentirse ofendido por algunas réplicas de los dos profesionales, que entre otras cosas eran razonables y tenían como fin el de garantizar la eficiencia y continuidad en el control de calidad de los productos de la Empresa, de cuya función precisamente se había encargado como principal a Villán Rojas y como sustituto a Rivera Moreno” (fls. 10 y 11).

### EL RECURSO

Al sustentarlo el apoderado de la empresa demandada sostiene que el actor ostentaba la calidad de empleado público de libre nombramiento y remoción, por lo cual podía el nominador declarar insubsistente su nombramiento sin motivar la providencia; que las declaraciones recepcionadas no demuestran que el expedidor del acto albergara sentimientos de desafecto o rencor hacia el señor Villán Rojas, a raíz del incidente narrado por los testigos, “a tal punto que lo llevaran irresponsablemente a prescindir tan repentinamente de los servicios de un empleado de libre nombramiento y remoción” (fl. 116); que siendo “muy pobre este argumento o móvil”, y habiéndose expedido la resolución acusada con las formalidades pertinentes, se impone la revocación de la sentencia recurrida y la denegatoria de las súplicas del libelista:

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Fiscalía Cuarta del Consejo de Estado, luego de analizar las declaraciones de los testigos obrantes en el proceso, conceptuó “que el fin perseguido por el acto impugnado no fue el mejoramiento del servicio o el interés público, sino que estuvo motivada como una **reacción** ante el “**irrespeto**” de que se sintió objeto el nominador, por la manifestación que le hicieran los Ingenieros Químicos Villán Rojas y Riviera Moreno.

Es decir, en el asunto *sub examine*, se observa que la potestad discrecional de la cual estaba investida la persona que ejercitó el poder administrativo, no fue utilizado conforme al interés jurídico, sino como un mecanismo personal de repeler la agresión de la que se sintió víctima” (fl. 127).

Por tanto, estima, que se desvirtuó la presunción *iuris tantum* de legalidad de la resolución acusada, y en consecuencia, el fallo apelado debe confirmarse.

Cumplido el trámite de ley y no observándose causal de nulidad que invalide la actuación, se procede a decidir, previas las siguientes:

## CONSIDERACIONES

La *litis* gira en torno a la legalidad de la Resolución número 436 de 3 de junio de 1988, expedida por la Empresa Licorera de Norte Santander, mediante la cual se declaró insubsistente el nombramiento del actor en el cargo de Ingeniero Químico Director del Departamento de Control de Calidad de esa empresa.

No obra en los autos prueba alguna que acredite que el demandante se hallaba amparado por fuero de relativa estabilidad, bien por encontrarse escalafonado en carrera administrativa, bien por desempeñar un cargo de período fijo. De modo que debe inferirse que era un empleado de libre nombramiento y remoción, que podía ser desvinculado del servicio en forma discrecional a través del mecanismo de la declaratoria de insubsistencia, ésto es, por exclusivas necesidades del servicio.

No obstante lo anterior, se observa que el material probatorio allegado al proceso, evidencia que el acto acusado se produjo como una reacción del nominador ante lo que consideró un irrespeto por parte del accionante y del doctor Alfonso Rivera Moreno, Ingeniero Químico, Jefe del Departamento de Producción, quienes le advirtieron acerca de la inconveniencia de que se les decretara sus vacaciones en forma simultánea, pues ello repercutía negativamente en el desarrollo de las labores propias de la empresa.

En efecto, las declaraciones recepcionadas, especialmente, las de la Secretaría General de la Empresa y Privada de la Gerencia, señoras María Victoria Asela de Slebi y Gladys Socorro Ayala de Fiallo, dan cuenta que en virtud de corresponderles, al demandante como principal y al señor Rivera Moreno, como sustituto de éste, el control de calidad de la producción licorera, le manifestaron al Gerente General que no era prudente que la administración los enviara simultáneamente a vacaciones; que las personas con quienes se proyectaba reemplazarlos carecían de la idoneidad para ello; pero que la forma en que los mencionados funcionarios expusieron las razones por las cuales sus posibles sustitutos no contaban con las calidades exigidas para efectuar el control de calidad de la producción de la Licorera, dio lugar a una discusión entre el Gerente y los ingenieros Villán Rojas y Rivas Moreno, cuyo epílogo fue la declaratoria de la insubsistencia del nombramiento de ambos.

Las mencionadas deponentes, al igual que el doctor Rivera Moreno, coinciden en afirmar que, efectivamente, la responsabilidad del control de calidad o dirección técnica de la producción de la empresa, recaía en el demandante como principal, y en ausencia de éste, en el doctor Alfonso Rivera Moreno.

Así declaró la Secretaria General de la Licorera:

“El día 2 de junio de 1988 se le decretaron las vacaciones al ingeniero químico jefe de producción y al ingeniero químico jefe de control de calidad, quienes conversaron con el Gerente Guillermo Vera, así como también adjuntaron una comunicación del Ministerio de Salud de la División de Productos Bioquímicos en donde se exponía

## SECCION SEGUNDA

que en caso de ausencia del Director Técnico Pedro Villán, lo reemplazaría el ingeniero Rivera” (fl. 85).

En relación con el altercado a que se hizo mención, el cual presencié, expresó:

“...después hubo una discusión en la que los ingenieros Rivera y Villán, exponían que ni los ingenieros Carolina de Hernández ni Miguel Niño estaban en capacidad de reemplazarlos. Hubo la discusión y nos retiramos, y aproximadamente a las 3 de la tarde el Gerente me llamó y me dijo que estuviera pendiente para firmar la resolución declarándolos insubsistentes” (fl. 86).

Y luego agregó:

“...el doctor Guillermo Vera me llamó después a su despacho y me informó sobre una nota enviada por el ingeniero Pedro Villán, en la cual exponía los motivos, por lo cual no podían salir los dos al mismo tiempo a vacaciones y adjuntaban una comunicación del Ministerio de Salud, en donde se decía que aceptaba como director técnico al Ingeniero Pedro Villán y en caso de ausencia de éste al doctor Rivera Moreno” (fl. 86).

Por su parte, la secretaria privada de la gerencia expuso:

“Partió de que ellos el Gerente los sacó a vacaciones a ambos mediante memorando, entonces el doctor Villán le mandó una comunicación al doctor Vera Ramírez informándole que en ninguna oportunidad de vinculación a la empresa habían salido los dos a vacaciones, sino que primero salía el doctor Rivera o viceversa el doctor Villán. Lo anterior teniendo en cuenta que la responsabilidad de la dirección técnica estaba en manos de él ante Minsalud según consta en comunicación del Ministerio de Salud; en consecuencia si salía él quedaba reemplazándolo el doctor Rivera Vera quien era la persona segunda registrada en el Ministerio de Salud, lo cual el señor Guillermo Vera no aceptó” (fl. 83).

Y ante la pregunta: Díganos si a usted le consta por comunicación directa del gerente de la época que la declaratoria de insubsistencia se debía a una “falta de respeto por parte del doctor Pedro a. Villán Rojas, accionante en este caso, y del ingeniero Luis Alfonso Moreno? Contestó: “Simplemente yo le manifesté al Gerente que había pasado, él dijo, que hiciera la resolución declarándolos insubsistentes, le dije doctor a los dos? que qué era lo que había pasado, él dijo me faltaron al respeto” (fl. 84).

Y el señor Luis Alfonso Rivera, declaró:

El viernes 3 de junio de 1988 a las 7 y media de la mañana la patinadora de la Empresa Licorera nos hizo entrega tanto al doctor Pedro Villán Rojas como a mí persona de la resolución de vacaciones al abrir la resolución encontré que debía salir a vacaciones el 15 de junio tomé el teléfono y me comuniqué con el doctor Guillermo Vera Ramírez Gerente de la Licorera a quién le manifesté que había cometido un error por cuanto nos había decretado las vacaciones a los dos ingenieros químicos el mismo día, le manifesté que ello no era posible ya que la Empresa Licorera no contaba con Ingenieros Químicos de experiencia para ocupar esos cargos y que al hacerlo

estaba violando el reglamento interno ya que en el caso personal mío la persona que me iba a reemplazar sólo contaba con 3 años de estar laborando en la Empresa Licorera y sin haber ocupado en ese tiempo el cargo de Jefe de Producción, que además el reglamento interno exigía una experiencia mínima de 4 años y que lo mismo se iba a presentar con la persona que iba a encargar del cargo de Jefe de Control y Calidad, el Gerente manifestó que él era libre de hacer lo que él quisiera que además él se hacía responsable por todo lo que pudiera suceder” (fl. 72).

Luego refiere cómo se desarrolló la discusión entre él, el demandante y el Gerente, indicando incluso los términos que había utilizado (fl. 73), para finalmente, relatar que el Gobernador del Departamento de Norte de Santander, a quien acudieron para tratar de impedir su remoción, les informó que el Gerente insistía en su determinación de removerlos (a él y al demandante), cuanto le habían faltado al respeto (fl. 73).

A juicio de la Sala, la desvinculación del accionante es una consecuencia del alegato que tuvo con el nominador, debido a las observaciones sobre la inconveniencia de decretarle vacaciones al mismo tiempo en que se le ordenó disfrutarlas a la persona que, según el reglamento a que los testigos aluden, debía sustituirlo en la labor de control de calidad de la producción. Es incuestionable la relación de causalidad entre estos episodios. No se habría dado la desvinculación del actor, si no se hubiera presentado el conflicto aludido.

Lo anterior, obliga a colegir que no fue el deseo de mejorar la prestación del servicio lo que movió a la administración a declarar insubsistente el nombramiento del doctor Villán Rojas, por el contrario, las razones de la diferencia entre éstos, lleva a pensar, que el demandante al oponerse al decreto de sus vacaciones, lo hizo con el propósito de garantizar durante su ausencia el estricto control de calidad sanitaria de la producción de la empresa, a que se refiere el Decreto 3192 de 1983 (art. 9° y concordantes).

De acuerdo con lo expuesto, procede la confirmación del fallo apelado, el cual se adicionará sólo para indicar que, de conformidad a lo preceptuado en el artículo 64 de la Constitución de 1886, hoy artículo 128 de la Constitución de 1991, de los haberes que en virtud de lo dispuesto en el numeral 3° de la parte resolutive se cancelarán al doctor Villán Rojas, se descontarán las sumas que haya recibido del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, por haber desempeñado, en ese lapso, un cargo público.

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

#### **FALLA:**

CONFIRMASE la sentencia de 30 de noviembre de 1990, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en el proceso promovido por Pedro Antonio Villán Rojas contra la Empresa Licorera de Norte de Santander.

## SECCION SEGUNDA

Adiciónase la mencionada sentencia en el sentido de disponer que de los haberes que han de cancelarse al doctor Villán Rojas en virtud de lo ordenado en el artículo 3° de su parte resolutive, deben descontarse las sumas que haya recibido del tesoro público por el desempeño de otro cargo público (art. 128 actual Constitución Política - 64 anterior Constitución).

Cópiese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

El anterior proyecto lo discutió y aprobó la Sala en sesión celebrada el día 14 de marzo de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, aclara voto; Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper Rodríguez.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** La aclaración del voto del doctor Carlos Arturo Orjuela Góngora, se refiere a su conocida tesis sobre su disentimiento de la parte resolutive en la que ordena el descuento de las sumas que pueda haber recibido la parte demandante de otra entidad oficial con fundamento en los artículos 64 de la C. N. de 1886 y 128 de la actual por considerar que dicha suma constituye un resarcimiento al perjuicio irrogado por el acto ilegal.

### ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., nueve (9) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Con el más profundo respeto por la opinión mayoritaria de la Sala, y no obstante compartir en su esencia la providencia adoptada en este proceso, me separo de lo dispuesto en la parte resolutive en cuanto se ordena el descuento de las sumas que pueda 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” u otra asignación que provenga del “Tesoro Público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le generó al respectivo demandante.

Bajo la vigencia del anterior estatuto constitucional, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al debatir este punto en procesos ejecutivos laborales donde se ventilaba el cumplimiento de sentencias de la jurisdicción contencioso administrativa, formuló –de manera reiterada– algunos razonamientos de la siguiente guisa:

“Tomando apoyo en el artículo 64 de la C. N. y en la circunstancia de que el ejecutante había devengado sueldo de la Policía Nacional, la Entidad demandada excepcionó compensación, cobro de lo no debido y pago respecto de los salarios y prestaciones que el demandante hace valer coercitivamente con base en sendas sentencias de la jurisdicción de lo contencioso administrativo que ordenaron su reintegro a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca”.

“El artículo 64 de la Constitución Nacional, dispone:

“Nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o instituciones en que tenga parte principal el Estado, salvo lo que para casos especiales determinen las leyes. Entiéndese por tesoro público el de la Nación, los departamentos y municipios”.

“La prohibición que consagra el artículo 64 transcrito se refiere a la imposibilidad jurídica de recibir más de una asignación del Erario Público; pero esa prohibición, por ser tal, no puede aplicarse a situaciones similares, así ellas revistan la condición de ser análogas puesto que, tanto en materia civil y por ende la laboral, en ese punto de prohibiciones rige el principio de la tipicidad, no hay prohibición sin ley que la consagre; la analogía en las penas es inadmisibles”.

“Nada impide recibir del Estado sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. Los casos de compatibilidad son numerosos. Piénsese por ejemplo, en el trabajador oficial favorecido con condena a cargo de entidad oficial obligada a pagarle la indemnización moratoria conforme al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, cuando al mismo tiempo y durante la tramitación del correspondiente proceso ordinario y con posterioridad a él el mismo trabajador ha sido vinculado contractualmente o por relación legal y reglamentaria con otra entidad oficial. La compatibilidad entre la indemnización y el sueldo nunca ha sido puesta en duda en un caso de esa naturaleza”.

“La razón está en que la asignación, con su equivalente sueldo, no se asimila a la indemnización. Devengar simultáneamente sueldo o indemnización, es decir, dos prestaciones (en sentido genérico) que tienen dos causas diferentes, no puede estimarse como prohibido por la Constitución Nacional. El artículo 64 busca, ante todo, que la misma persona no desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos. Pero si una erogación del Erario Público tiene su fuente en el contrato ficto de trabajo o en la situación legal reglamentaria y otra erogación del mismo Erario proviene del hecho ilegal de la administración, la prohibición del artículo 64 no puede admitirse”.

“Es precisamente lo que ocurre en el evento de autos”.

“Porque el pago de salario dejado de percibir que ordenó la justicia administrativa como consecuencia del reintegro tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que ocasionó al demandante el acto nulo de la administración que lo desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios que el actor devengó por servicios prestados a la Policía Nacional tienen su fuente de esa relación de servi-

## SECCION SEGUNDA

cio..." (Providencia del 28 de agosto de 1984, con ponencia del H. Magistrado Dr. Darío Sánchez Herrera, en el proceso de Camilo Cortés B. contra la Caja de Previsión Social de Cundinamarca.) (Esta tesis se reiteró en el Expediente No. 40.878, Ponente: H. Magistrado Dr. Alberto Rodríguez R., marzo 11/87; de igual manera, en el Exp. No. 29629, Ponente: H. Magistrada Dra. Alba Luz Mossos G., junio 5184; en el Exp. No. 35949, Ponente: H. Magistrada Dra. Emilia Mesa S, octubre 15/85; y posteriormente, ha sido mantenida por la Sala mencionada del Tribunal Superior de Bogotá).

Dichos planteamientos son válidos enfrente de la redacción de la nueva norma constitucional (art. 128).

De otro lado, no existe norma expresa que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esta clase de pronunciamientos; y en esta materia no es procedente la aplicación analógica.

Por último, el juez no puede crear normas, y al hacer este pronunciamiento en la sentencia y ordenar tales descuentos, está creando una disposición no prevista de esta manera en el texto constitucional, ni consignada en esos términos en la ley.

Por ello no comparto la parte resolutive de la sentencia, en lo que se relaciona con esta clase de descuentos.

Con todo acatamiento,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**EMPLEADO DE PERIODO - Estabilidad / INSUBSISTENCIA - Improcedencia/ PROCESO DISCIPLINARIO - Inexistencia/ REINTEGRO - Improcedencia**

Los empleados de período fijo, pueden ser desvinculados del cargo luego de un proceso disciplinario, siempre que se les encuentre responsables de alguna falta disciplinaria. Empero es de observar que la declaratoria de insubsistencia hecha a la actora carece de motivación, y por ende no existe causa justificada para ello, circunstancia que permite concluir que hubo por parte de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar clara violación a lo preceptuado en el artículo 12 de la Ordenanza 066 de 1993. No comparte la Sala el planteamiento del *a quo* para ordenar el reintegro de la actora al mismo cargo que ocupaba, en atención a que la sentencia se produjo con posterioridad al fenecimiento del período (enero 1º-31 de diciembre de 1994) para el cual legalmente estaba nombrada. En estas condiciones el reintegro al cargo no se podrá materializar, en este evento tendrá entonces derecho al pago de los salarios y prestaciones del respectivo período estatutario, aunque no prestó realmente sus servicios y a que se le compute como tiempo de servicios para los efectos prestacionales consiguientes.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejero Ponente: Doctor *Carlos A. Orjuela Góngora.*

Radicación número 11665

Referencia: Actos de las asambleas.

Actora: Rosa E. Márquez de Gaona.

Desata la Sala el grado de consulta contra la sentencia proferida el 15 de febrero de 1995, por el Tribunal Administrativo del Cesar, mediante la cual declaró la nulidad del artículo 1º de la Resolución número 000052 de 7 de abril de 1994, dictada por la

## **SECCION SEGUNDA**

Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar, en cuanto declaró insubsistente a la actora del cargo de Secretaria General Auxiliar, y dispuso su reintegro.

### **LA DEMANDA**

En el escrito visible a folio 22 y siguientes se solicita la declaratoria de nulidad del artículo 1° de la Resolución número 000052 de 7 de abril de 1994, por medio del cual se declaró insubsistente a la señora Rosa Esther Márquez de Gaona, del cargo de Secretaria General Auxiliar de la honorable Asamblea del Cesar.

Como consecuencia de la anterior declaración pide se reintegre a la demandante al cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación, junto con el pago de salarios, bonificaciones, primas y demás prestaciones, aumentos que se hayan presentado desde el cese de sus actividades hasta el reintegro, con la aclaración de que para todos los efectos legales no ha existido solución de continuidad en la prestación del servicio. Que se dé cumplimiento a la sentencia dentro del término que señala el artículo 176 del C. C. A.

Como hechos que sirven de sustento a las pretensiones de la demanda se indica que la actora mediante el artículo 1° de la Resolución número 000464 de 31 de diciembre de 1993, fue nombrada por elección para desempeñar el cargo de Secretaria Auxiliar, para un período fijo comprendido entre el 1° de enero al 31 de diciembre de 1994, de conformidad con parágrafo único del artículo 12 y artículo 6° de la Ordenanza número 066 de noviembre 30 de 1993. En claro acto de violación al principio de legalidad la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar, mediante Resolución número 000052 de abril 7 de 1994 declaró insubsistente a la actora.

Como normas violadas por el acto administrativo acusado se citan las siguientes: Constitución Nacional, artículos 25 y 58; Ley 153 de 1887, artículos 28 y 40; Ordenanza número 066 de noviembre 30 de 1993, artículos 12 parágrafo único, y 6.

### **LA SENTENCIA**

El Tribunal Administrativo del Cesar en proveído de 15 de febrero de 1995 resolvió la controversia planteada (fls. 54-61), accediendo a las súplicas deprecadas en el libelo demandatorio, por constatar que la actora fue elegida para período fijo comprendido entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 1994, y que fue declarada insubsistente sin el vencimiento del período, por lo que debía permanecer hasta esa fecha, máxime cuando la Ordenanza número 066 citada, en el artículo 10 señala un período igual al de los diputados, para aquellos funcionarios que sean de elección, según lo indique la misma ordenanza.

### **EL CONCEPTO FISCAL**

En escrito visible a folios 69-72, la Procuradora Cuarta Delegada ante esta Corporación, al descorrer el traslado para alegar de conclusión considera que efectivamen-

te la actora gozaba de estabilidad en su empleo hasta el 31 de diciembre de 1994, sin embargo a través del acto acusado, fue declarado insubsistente su nombramiento el 7 de abril de 1994 violentándose de esta manera el citado derecho.

Empero, precisa que la garantía de inamovilidad de la demandante solo iba hasta el 31 de diciembre de 1994, y por ello, el restablecimiento del derecho, en su sentir, debe limitarse al pago de los sueldos, primas y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue desvinculada del servicio hasta el vencimiento del período, sin que proceda el reintegro.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado procede la Sala a decidir previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

En lo referente a la petición de nulidad de la Resolución número 000052 de 7 de abril de 1994, en cuanto declaró insubsistente a la actora del cargo de Secretaria General Auxiliar de la Asamblea Departamental del Cesar, caben las siguientes apreciaciones:

Consta en el expediente (fl. 16) que mediante Resolución número 000464 de 31 de diciembre de 1993, la demandante fue nombrada como Secretaria General Auxiliar en la Asamblea Departamental del Cesar, por la Mesa Directiva de dicha entidad, en uso de las facultades legales y en especial las que le confieren el parágrafo único del artículo 12 de la Ordenanza número 066 de noviembre 30 de 1993.

La anterior disposición en cita señala: (fl. 6)

“Autorízase a la Mesa Directiva para proveer los cargos de: Secretario General, Secretarías de Comisiones Permanentes, Subsecretario General Auxiliar y demás funcionarios de que habla el artículo Sexto en su numeral a), de la presente Ordenanza, por el término de un (1) año comprendido entre el primero (1º) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (1994)”.

De conformidad con el artículo 6º de la citada ordenanza el cargo de Secretario General Auxiliar, por el origen de su nombramiento es de elección. (fl. 5). La actora fue desincorporada del servicio (fl. 18) mediante declaratoria de insubsistencia, a partir del 7 de abril de 1994, por Resolución número 000052 emanada de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar.

En este orden de ideas dirá la Sala que la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental estaba plenamente facultada conforme al parágrafo único del artículo 12 de la Ordenanza número 066 de 30 de noviembre de 1993, para proveer entre otros, el cargo desempeñado por la actora.

Siendo ello así, es apenas natural que la demandante gozara de estabilidad en su empleo hasta el 31 de diciembre de 1994, razón por la cual el nominador no podía

## SECCION SEGUNDA

válidamente antes del vencimiento del período separarla del cargo mediante una declaratoria de insubsistencia, máxime si se tiene en cuenta que la Ordenanza número 066 en cita, artículo 12, señala un período igual al de los diputados, para aquellos funcionarios que sean de elección, según lo indique la misma ordenanza, como era el caso de la demandante.

A más de lo anterior, conviene acotar que el párrafo del artículo 5° de la Ordenanza 066 de 30 de noviembre de 1993 (fl. 10) señala que los empleados de Planta de la Asamblea Departamental podrán ser removidos en cualquier tiempo, por justa causa o mala conducta debidamente comprobada, mediante resolución de la Mesa Directiva, supuesto fáctico que no se ha dado en el presente caso.

Dedúcese de lo anterior, que los empleados de período fijo, pueden ser desvinculados del cargo luego de un proceso disciplinario, siempre que se les encuentre responsables de alguna falta disciplinaria. Empero es de observar que la declaratoria de insubsistencia hecha a la actora carece de motivación, y por ende no existe causa justificada para ello, circunstancia que permite concluir que hubo por parte de la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar clara violación a lo preceptuado en el artículo 12 de la Ordenanza número 066 de 1993. Por este aspecto la sentencia consultada amerita ser confirmada.

Empero, no comparte la Sala el planteamiento del *a quo* para ordenar el reintegro de la actora al mismo cargo que ocupaba, en atención a que la sentencia se produjo con posterioridad al fenecimiento del período (enero 1° 31 de diciembre de 1994) para el cual legalmente estaba nombrada. En estas condiciones el reintegro al cargo no se podrá materializar, en este evento tendrá entonces derecho al pago de los salarios y prestaciones del respectivo período estatutario, aunque no prestó realmente sus servicios y a que se le compute como tiempo de servicios para los efectos prestacionales consiguientes. En este sentido la sentencia consultada deberá ser modificada.

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.** CONFIRMASE la sentencia del quince (15) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995), proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, en cuanto declaró la nulidad del artículo primero de la Resolución número 000052 de 7 de febrero de 1994 dictada por la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental del Cesar, mediante la cual declaró insubsistente el cargo de Secretaria General Auxiliar desempeñado por la señora *Rosa Esther Márquez de Gaona*.

**Segundo.** MODIFICASE la sentencia en el sentido de que el restablecimiento del derecho debe limitarse al pago de los sueldos y demás emolumentos dejados de percibir desde la fecha en que fue desvinculada del servicio hasta el vencimiento del período, sin que proceda el reintegro.

**Tercero.** Los salarios y prestaciones adeudados serán ajustados en los términos del artículo 178 del C. C. A., dando aplicación a la siguiente fórmula:

$$R = \frac{RH \text{ Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

Índice Inicial

en la que el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (RH), que es lo dejado de percibir por el demandante por el concepto de salarios y prestaciones sociales del tiempo faltante para completar el respectivo período estatutario; por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente en la fecha de desvinculación, por el índice vigente al momento del pago.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia la estudió y aprobó la Sala en la sesión celebrada el día 22 de febrero de 1996.

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, aclara voto; María Eugenia Samper R., ausente.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

## PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS (Salvamento de Voto)

Repetidamente la jurisprudencia ha dicho que este principio conocido como *reformatio in pejus* que esta consagrado en el procedimiento civil rige en lo contencioso administrativo, y constituye una especie de limitación de la competencia del *ad quem* en la revisión de la sentencia. En el caso *sub judice* si la parte actora que tuvo a su favor una sentencia se conformó con sus términos, no podía el *ad quem* al resolver en consulta agravar la condena de la entidad pública, que ello contradice el mencionado principio de derecho.

### ACLARACION DE VOTO

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Aun cuando voté afirmativamente la providencia, disiento en lo atinente a la adición que se hizo a la sentencia del Tribunal ordenando el ajuste de valor de la condena, de la cual discrepo por los siguientes motivos:

La Sala conoce la sentencia en grado de consulta y ésta por disposición del artículo 184 del C. C. A., se entiende consagrada siempre en favor de la entidad condenada, de manera que en este grado no puede el juez hacer más gravosa la situación de la entidad pública. Repetidamente la jurisprudencia ha dicho que este principio conocido como *reformatio in pejus* que está consagrado en el procedimiento civil rige en lo contencioso administrativo, y constituye una especie de limitación de la competencia del *ad quem* en la revisión de la sentencia. En el caso *sub judice* si la parte actora que tuvo a su favor una sentencia se conformó con sus términos, no podía el *ad quem* al resolver en consulta agravar la condena de la entidad pública, pues ello contradice el mencionado principio de derecho

*Dolly Pedraza de Arenas.*

**REVISOR FISCAL - Período / CONTRALOR MUNICIPAL - Período /  
ALCALDE - Identidad de períodos/ MODIFICACION DEL PERIODO  
DEL CONTRALOR - Efectos**

El auditor revisor fiscal de la Contraloría Municipal de Maicao según voces del artículo 6° del Acuerdo 034 de 1968 expedido por el Concejo de esa municipalidad, al igual que el contralor y el subcontralor serían elegidos para un período de dos años, contados a partir del 1° de enero de 1978. Mediante el artículo 272 de la Constitución Política de 1991, se otorgó a los concejos municipales la facultad de elegir a los contralores respectivos para un período igual al del Alcalde Municipal, funcionario que de acuerdo con el artículo 314 *ibidem*, es elegido por un período de tres años. Es fácil colegir que la nueva Constitución al unificar el período de dichos funcionarios, pretendió que las máximas autoridades de la administración municipal ejercieran sus funciones en un mismo lapso, constituyendo así una unidad de gestión y de manera de los intereses del respectivo municipio. Ahora bien, como en el caso *sub judice* para el Contralor, el subcontralor y el auditor revisor fiscal, el concejo municipal en el acuerdo anteriormente citado, señaló un período con igual duración y fecha de iniciación, para la Sala es imperioso concluir que la modificación del período del contralor efectuada por el artículo 272 en armonía con el 314 de la Constitución Nacional, en el sentido de elevar a tres años dicho período, implicó también el cambio de período de los otros dos funcionarios, pues es obvio que el tiempo del ejercicio de funciones de los cargos de mayor jerarquía en las entidades que ejercen el control fiscal de la función pública debe coincidir con el jefe del organismo a quien, conforme a la preceptiva jurídica, compete tal control de acuerdo con lo anterior el acto acusado no es violatorio del artículo 103 del Decreto 1333 de 1986, señalado como vulnerado en el libelo, toda vez que la elección del auditor Revisor Fiscal que se acusa, obedeció a la finalización del período del jefe del organismo, en virtud del nuevo ordenamiento jurídico, periodo al cual estaba vinculado el del auditor Revisor Fiscal como ya se expresó.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá D. C., diecinueve ( 19) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

## SECCION SEGUNDA

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas*.

Radicación número 9539.

Referencia: Asuntos municipales. Consulta sentencia.

Actor: William Mercado Rúa.

En grado jurisdiccional de consulta ha llegado a esta Sección del Consejo de Estado, la sentencia proferida el 27 de enero de 1994 por el Tribunal Administrativo de la Guajira.

### ANTECEDENTES

Por intermedio de procurador judicial, el señor William Mercado Rúa pidió al Tribunal declarar la nulidad del acto administrativo producido por el Concejo Municipal de Maicao, contenido en el Acta número 013 del 22 de mayo de 1992, mediante el cual se eligió al señor Walter Dimas Cuadrado como Auditor-Revisor Fiscal de la Contraloría Municipal de Maicao para el período comprendido entre el 1° de junio de 1992 y el 31 de diciembre de 1994, sin que se le permitiese cumplir con el período para el cual él había sido elegido como tal. A título de restablecimiento del derecho requirió el pago de salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde el 2 de junio de 1992 hasta el 31 de diciembre de ese mismo año.

### LA SENTENCIA CONSULTADA

El Tribunal al acceder a las pretensiones del demandante estimó que se quebrantó el artículo 103 del Decreto 1333 de 1986, toda vez que el actor fue removido del cargo de Auditor Revisor Fiscal de dicha municipalidad antes del vencimiento del período para el cual fue elegido, comprendido entre el 30 de noviembre de 1991 y el 31 de diciembre de 1992, sin que se haya demostrado la existencia de decisión judicial o de la Procuraduría en que se funde tal actuación.

### CONCEPTO FISCAL

La Procuraduría Tercera Delegada en lo contencioso ante el Consejo de Estado opina que la sentencia amerita ser confirmada, puesto que al actor le asistía el derecho de relativa inamovilidad en el cargo de Auditor Revisor Fiscal, por cuanto había sido elegido para un período que aún no había terminado cuando fue removido de él, sin que se diera ninguna de las causales previstas al efecto en el artículo 103 del Código de Régimen Municipal.

Se decide, previas las siguientes

### CONSIDERACIONES

La Sala no comparte los planteamientos del Tribunal ni de la Agencia Fiscal, por las siguientes razones:

El Auditor Revisor Fiscal de la Contraloría Municipal de Maicao según voces del artículo 6° del Acuerdo 034 de 1986 expedido por el Concejo de esa municipalidad, al igual que el Contralor y el Subcontralor serían elegidos para un período de dos años, contados a partir del 1° de enero de 1987.

El citado Acuerdo vinculó al del Contralor, el período tanto del Subcontralor como el de Revisor Fiscal, haciendo de esta manera que en la administración de la Contraloría existiera uniformidad en su duración y en su inicio, lo cual necesariamente originaba una identidad de propósitos y de directrices en las jerarquías superiores del organismo.

Mediante el artículo 272 de la Constitución Política de 1991, se otorgó a los concejos municipales la facultad de elegir a los contralores respectivos para un período igual al del Alcalde Municipal, funcionario que de acuerdo con el artículo 314 *ibidem*, es elegido por un período de tres años.

Es fácil colegir que la nueva Constitución al unificar el período de dichos funcionarios, pretendió que las máximas autoridades de la administración municipal ejercieran sus funciones en un mismo lapso, constituyendo así una unidad de gestión y de manejo de los intereses del respectivo municipio.

Ahora bien, como en el caso *sub judice* para el Contralor, el Subcontralor y el Auditor Revisor Fiscal, el concejo municipal en el Acuerdo anteriormente citado, señaló un período con igual duración y fecha de iniciación, para la Sala es imperioso concluir que la modificación del período del contralor efectuada por el artículo 272 en armonía con el 314 de la Constitución Nacional, en el sentido de elevar a tres años dicho período, implicó también el cambio de período de los otros dos funcionarios, pues es obvio que el tiempo del ejercicio de funciones de los cargos de mayor jerarquía en las entidades que ejercen el control fiscal de la función pública debe coincidir con el del jefe del organismo a quien, conforme a la preceptiva jurídica, compete tal control.

De acuerdo con lo anterior el acto acusado no es violatorio del artículo 103 del Decreto 1333 de 1986, señalado como vulnerado en el libelo, toda vez que la elección del Auditor Revisor Fiscal que se acusa, obedeció a la finalización del período del jefe del organismo, en virtud del nuevo ordenamiento jurídico, período al cual estaba vinculado el del Auditor Revisor Fiscal como ya se expresó.

Consecuentemente habrá de revocarse la sentencia apelada y, en su lugar denegarse las súplicas de la demanda.

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

#### FALLA:

REVOCASE la sentencia proferida el veintisiete (27) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994) por el Tribunal Administrativo de la Guajira, en el proceso

## SECCION SEGUNDA

promovido por William Mercado Rúa contra el municipio de Maicao. En su lugar, *deniéganse* las súplicas de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, María Eugenia Samper R., ausente.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

## SUSTRACCION DE MATERIA/ ESCALAFON DOCENTE - Exclusión/ REVOCATORIA DEL ACTO

Contra el acto acusado, Resolución número 0033 de 1989 interpuso el accionante los recursos que procedían, los que hasta la fecha de presentación de la demanda no habían sido resueltos, por lo cual solicitó que se declarara la ocurrencia del silencio administrativo. Posteriormente, la administración se pronunció frente a los recursos, a través de la Resolución 0047 de agosto 15 de 1990, revocando la Resolución 0033 que ordenó la suspensión en el escalafón y exonerando de toda responsabilidad al accionante, ordenando reubicarlo a partir de esa fecha. Al quedar invalidado el acto impugnado no existe derecho que pueda restablecerse, pues como puede observarse de las pretensiones antes transcritas, no se elevó solicitud de restablecimiento distinta de la de hacer desaparecer los efectos de la Resolución 033 de 1989, lo que ya fue satisfecho por la administración, razón por la cual puede decirse que se presenta en el *sub judice* un caso de sustracción de materia, por cuanto no existen efectos del acto acusado sobre los cuales pueda recaer pronunciamiento alguno. Por otra parte, no es viable la modificación de las pretensiones hechas por el accionante en el memorial por medio del cual dio cumplimiento a la solicitud de razonar la cuantía que le hizo el Tribunal, ni la contenida en el memorial de alegatos, pues ya no era el momento procesal para corregir su demanda, y aun cuando la jurisprudencia ha sido relicente en relación con el tema de la sustracción de materia en el contencioso subjetivo de anulación, por los efectos que hayan podido generarse antes de la revocación se produjo como consecuencia de un recurso gubernativo, por lo cual el acto acusado nunca quedó en firme y por ello la decisión final de la administración, hizo perder el fundamento de la *causa petendi*.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas*.

## SECCION SEGUNDA

Radicación número 9674.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Hugo Manuel Tovar Baquero.

Llegado el presente asunto en apelación de la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, este Despacho declaró la nulidad de la totalidad de la actuación y avocó su conocimiento en única instancia. Se procede entonces a proferir sentencia.

### ANTECEDENTES

Solicita el actor la nulidad del acto administrativo contenido en la Resolución 0033 de 1989 y el presunto negativo de los recursos formulados el 18 de julio de 1989, mediante los cuales se le impuso una sanción de suspensión en el escalafón por el término de seis meses, y como restablecimiento del derecho se ordene al Ministerio de Educación Nacional –Junta Seccional de Escalafón Nacional de Bogotá– restablecerlo en el escalafón con todas las garantías.

Expresa el accionante que fue trasladado el 29 de mayo de 1985 por Resolución 2009 contra la cual interpuso los recursos pertinentes, sin que hasta el momento hubieran sido resueltos; que el día 23 de junio de 1986 se le corrió traslado de cargos, siendo el único formulado el de abandono del cargo desde mayo 29 de 1985 y que rindió sus descargos solicitando pruebas y pidiendo ser asistido por apoderado, frente a lo cual la administración hizo caso omiso.

Alega que al ser resueltos los recursos interpuestos contra la resolución de traslado hubo una equivocada interpretación del literal a) del artículo 2° del Decreto 180 de 1982 que indica la discrecionalidad de la autoridad nominadora cuando el traslado debe cumplirse dentro de la zona urbana o cabecera del mismo municipio donde el educador tiene fijado su domicilio, y no como lo interpretó la administración, que los actos mediante los cuales se hace un traslado no tienen recursos.

Agrega que se le llamó a rendir descargos por el supuesto hecho de “abandono del cargo”, violando el estatuto docente en su artículo 55 y que igualmente se desconoció la jurisprudencia que ha sostenido que las facultades que tienen las autoridades “denominadoras” para hacer un traslado se ciñen a las necesidades del servicio, siendo tal facultad reglada y no “discrecionada”.

### CONTESTACION DE LA DEMANDA

Solicita la entidad demandada la terminación del proceso por haber sido resuelto favorablemente el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución 0033 de 1989, a través de la Resolución 0047 de 1990, que ya fue notificada al actor.

### ALEGATOS DE LA DEMANDANTE

Expresa el accionante que demandó, en ejercicio de la acción contemplada en el artículo 85 del C. C. A., la Resolución 0033 de 1989 y el acto presunto negativo que lo

suspendió en el escalafón por seis meses, ocasionando por ese término la pérdida de los derechos de ascenso en el escalafón docente y de los derechos y garantías de la carrera docente y que como restablecimiento del derecho solicitó el restablecimiento en el Escalafón Nacional sin solución de continuidad para los efectos de sus garantías en el fuero del escalafón.

Dice que en el recurso de reposición y subsidiario de apelación expresó los motivos de inconformidad contra la resolución acusada y que la administración profirió el acto administrativo contenido en la Resolución 0047, notificada el 21 de agosto de 1990, mediante la cual se revocó en todas sus partes lo Resolución 033 del 6 de julio de 1989 exonerándolo de toda responsabilidad y en cumplimiento de la cual mediante oficio del Jefe de la División de Personal fue reubicado a partir de esa fecha, pero no le fueron pagados los derechos prestacionales por el lapso de tiempo que duró fuera del servicio, hecho que igualmente fue manifestado por la demandada en su contestación. En consecuencia, solicita acceder a la petición inicial de la demanda y como consecuencia de la nulidad se ordene el restablecimiento del derecho y, si así lo considera la Sala, el pago de los salarios según liquidación allegada en el memorial en el que se razonó la cuantía a petición del Tribunal de Cundinamarca.

#### **ALEGATOS DE LA PROCURADURIA CUARTA DELEGADA**

Expresa la señora Procuradora que conforme a las pruebas obrantes puede establecerse que la Resolución 2008 de 1985 ordenó trasladar al actor, acto contra el cual fueron interpuestos los recursos de reposición y de apelación resueltos por la administración; que el actor no dio cumplimiento a la determinación de traslado, razón por la que se formuló pliego de cargos por "abandono del cargo" desde el 29 de mayo de 1986, cuyos descargos fueron rendidos y decretadas las pruebas solicitadas por el demandante, todo lo cual concluyó en la Resolución 0033 de 1989, acto contra el cual fueron interpuestos los recursos de reposición y apelación el 18 de julio de 1989 sin que fueran resueltos y que fue instaurada demanda el 7 de febrero de 1990 contra la resolución antes señalada y el acto presunto originado en el no pronunciamiento frente a los recursos; que el 15 de agosto de 1990 fue resuelto el recurso de reposición revocando el acto inicial.

Dice que para la fecha en que fue proferida la Resolución 0047 la administración ya había perdido competencia para pronunciarse porque la demanda ante la jurisdicción contenciosa ya se había formulado y entra a analizar el fondo del asunto expresando que el libelo se contrae a dos censuras fundamentales: una es el artículo 2° del Decreto 180 de 1982 y la otra el desconocimiento del derecho de defensa. Para el efecto transcribe el artículo 61 del Decreto 2277 de 1979 que consagra la figura del traslado y el artículo 1° del Decreto 180 de 1982 relacionado con la facultad discrecional de la autoridad nominadora para trasladar dentro de la misma zona urbana o cabecera de municipio donde el educador tiene su domicilio, como afirma que ocurrió en el *sub lite*.

Cita igualmente el artículo 7° del mismo Decreto 180 que expresa que la determinación del traslado no está sujeta a recurso alguno por la vía gubernativa y concluye

## SECCION SEGUNDA

esa Agencia del Ministerio Público que el acto de traslado ha debido cumplirse, pues si el accionante no estaba conforme debió demandar ante la jurisdicción contenciosa, pero que al desobedecer la determinación incurrió en la conducta consagrada en el artículo 47 del Decreto 2277 de 1979 y bien pudo la administración sancionar al demandante como lo hizo, razón por la que estima que las súplicas de la demanda no tienen vocación de prosperidad.

### CONSIDERACIONES

Encuentra la Sala que contra el acto acusado, Resolución número 0033 de 1989 interpuso el accionante los recursos que procedían, los que hasta la fecha de presentación de la demanda no habían sido resueltos, por lo cual solicitó que se declarara la ocurrencia del silencio administrativo. Posteriormente, la administración se pronunció frente a los recursos, a través de la Resolución 0047 de agosto 15 de 1990, revocando la Resolución 0033 que ordenó la suspensión en el escalafón y exonerando de toda responsabilidad al accionante, ordenando reubicarlo a partir de esa fecha.

Se impetró en el *sub judice* la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual hizo consistir el accionante en que:

“se ordene al Ministerio de Educación Nacional Junta Seccional del escalafón (sic) Nacional ante Bogotá D. E. que dentro del término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que ponga término a la acción, se profiera resolución por medio de la cual se ordene restablecer en el escalafón al actor con todas las garantías y derechos de la carrera docente”.

“Que se le (sic) declare que no ha habido solución de continuidad en el escalafón de la carrera docente en especial para los efectos de sus garantías y derechos propios del fuero del Escalafón” (fl. 12).

No aparece en el *sub lite* que la Resolución 0047 de agosto 15 de 1990, hubiera sido demandada dentro del término legal de corrección de la demanda, siendo para entonces conocida por el accionante, pues aquella le fue notificada con fecha agosto 21 de 1990 y la fijación en lista se cumplió a partir del 5 de julio de 1994 (fl. 176 vto.) ni tampoco obra constancia de que se haya debatido y declarado nula en otro proceso, por lo que mientras ello no ocurra conserva su plena validez en virtud del principio de legalidad que ampara los actos administrativos.

La citada Resolución 0047 en su parte resolutive dispuso revocar “en todas y cada una de sus partes la Resolución 033 del 6 de julio de 1989... y como consecuencia exonerar al docente Hugo Manuel Tovar Baquero, de toda responsabilidad”.

Al quedar invalidado el acto impugnado no existe derecho que pueda restablecerse, pues como puede observarse de las pretensiones antes transcritas, no se elevó solicitud de restablecimiento distinta de la de hacer desaparecer los efectos de la Resolución 033 de 1989, lo que ya fue satisfecho por la administración, razón por la cual puede decirse que se presenta en el *sub judice* un caso de sustracción de materia,

por cuanto no existen efectos del acto acusado sobre los cuales pueda recaer pronunciamiento alguno. Por otra parte, no es viable la modificación de las pretensiones hecha por el accionante en el memorial por medio del cual dio cumplimiento a la solicitud de razonar la cuantía que le hizo el Tribunal (fl. 163), ni la contenida en el memorial de alegatos, pues ya no era el momento procesal para corregir su demanda.

Y aun cuando la jurisprudencia ha sido reticente en relación con el tema de la sustracción de materia en el contencioso subjetivo de anulación, por los efectos que hayan podido generarse antes de la revocación, lo cierto es que en este caso la revocación se produjo como consecuencia de un recurso gubernativo, por lo cual el acto acusado nunca quedó en firme y por ello la decisión final de la administración, hizo perder el fundamento de la *causa petendi*. En anterior ocasión ya tuvo oportunidad de pronunciarse la Sala frente a un caso similar, cuando expresó:

“En presencia de los actos administrativos citados, la Corporación encuentra que habiendo sido satisfecha por la entidad obligada la finalidad buscada con la demanda, el proceso pierde su interés, careciendo de sentido un pronunciamiento jurisdiccional sobre nulidad de los actos acusados.

Es cierto que la jurisprudencia ha sido renuente a aplicar la tesis de la sustracción de materia cuando el acto revocado es de contenido particular, generador de efectos concretos que eventualmente podrían haber tenido daño o lesión, porque la revocación surte efectos hacia el futuro y no permite el resarcimiento del daño, pero en el *sub lite* es diferente, porque la modificación de la fecha señalada en la Resolución número 1725 de 1986 y la contabilización del tiempo de servicios requerido para que la demandante ascendiera al grado sexto, a partir de la fecha señalada en el acto de revocación, implican el logro a plenitud de la tutela jurídica impetrada en la demanda que ninguna otra pretensión contiene”. (Sent. de oct. 23/91, Exp. 2174, Cons. de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 2ª, Cons. Pon. Dra. Dolly Pedraza de Arenas).

Dadas las anteriores consideraciones, la Sala habrá de declararse inhibida para fallar de fondo.

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

#### FALLA:

DECLARASE INHIBIDA para fallar de fondo.

Archívese el expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión del siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

## SECCION SEGUNDA

*Clara Forero de Castro, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Alvaro Diazgranados G., Conjuez.*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Se reitera la sentencia de octubre 23 de 1991, Expediente 2174, Sección Segunda. Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas.

**FUSION DE CARGO - Inexistencia/ ADSCRIPCION DE FUNCIONES -  
Concepto/ SUPRESION DE CARGOS - Inexistencia**

Para la Sala es claro que el fenómeno jurídico administrativo producido por el acto acusado es una típica y simple adscripción de funciones y no una fusión de empleos como lo sostienen los demandantes. La fusión de cargos es el resultado del ejercicio de la facultad constitucional o legal de una autoridad competente, para concentrar en un solo cargo el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades de otro u otros empleos públicos que se suprimen de la planta de personal de una entidad pública. La adscripción de funciones es la facultad que tiene la autoridad competente para asignar a quien ejerce un cargo público, deberes, atribuciones y responsabilidades, con el objeto de satisfacer necesidades permanentes de la administración pública. En el presente caso no se está en presencia de un fenómeno de fusión de empleos como lo sostiene la parte actora, puesto que no se produjo supresión alguna de cargos para atribuir sus funciones a otro, sino que se adscribieron determinadas funciones al cargo de pagador auxiliar.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., diecinueve (19) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Consejera Ponente: Doctora *Dolly Pedraza de Arenas*.

Radicación número 10293.

Referencia: Asuntos municipales. Apelación sentencia.

Actor: Augusto Gutiérrez y otros.

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de marzo once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en el proceso promovido por Augusto Gutiérrez Arias, Helena de la Cruz Bobadilla de C., Jorge E. Pinzón Díaz y José Javier Sánchez León, que negó las súplicas de la demanda.

## SECCION SEGUNDA

### ANTECEDENTES

1. Los accionantes en ejercicio de la acción de nulidad prevista en el artículo 84 del C. C. A., solicitaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca declarar la nulidad de la Resolución número 00522213 de diciembre 2 de 1986 expedida por el Secretario de Educación del entonces Distrito Especial de Bogotá.

2. El *a quo* negó las súplicas de la demanda con base en los siguientes fundamentos:

Mediante Resolución número 00438 de 1978 emanada del Secretario de Educación del Distrito Especial de Bogotá, "por la cual se reglamentan las funciones propias de los cargos de pagadores auxiliares de los planteles de educación media", se confirió a éstos entre otras las funciones de hacer el levantamiento del inventario de elementos del respectivo plantel y llevar el inventario de bienes.

El acto demandado que aparece suscrito además por el Delegado Regional del Ministerio de Educación Nacional ante Bogotá D. E., se expidió con el fin de reglamentar parcialmente la anterior resolución y en su artículo 1° dispuso que en los colegios que carecen del cargo de almacenista, los pagadores ejercerán determinadas funciones que se encontraban acéfalas y que ya estaban establecidas en el acto reglamentado. De tal manera que "el acto acusado no violó los principios de competencia, en la fusión de los cargos de Tesorero Almacenista; sino que simplemente desarrolló las funciones que se habían establecido en el acto administrativo de 1978 ya anotado".

3. El actor Augusto Gutiérrez Arias, expresa su inconformidad con el anterior fallo con base en la siguiente alegación:

El Tribunal no se pronunció sobre si existió o no fusión de los cargos de pagador-almacenista en el acto impugnado lo cual es fundamental, por cuanto no hay duda que según la Constitución Política (la anterior y la actual) la creación, supresión y fusión de cargos nacionales es atribución privativa del Presidente de la República, y como lo aceptó el mismo *a quo*, los funcionarios referidos son empleados del nivel nacional.

No es posible aceptar que como la Ley 43 de 1975 asignó la administración del personal nacionalizado a la Secretaría de Educación Distrital, esta administración se convierta en "patente de corzo" para hacerlo ilegalmente. La competencia del funcionario es elemento central de la legalidad de sus actos y cuando se ejerce por delegación deben observarse los parámetros de ésta, que son los contenidos en el artículo 9° de la Ley 29 de 1989 que asignó funciones de administración de la educación a los municipios.

Si bien la Resolución 0438 de 1978 que fue expedida por funcionario competente, el acto acusado no lo fue por cuanto los funcionarios a quienes se dirigía y afectaba eran servidores públicos del orden nacional, para lo cual no tenía competencia el funcionario delegado que lo expidió.

Surtido el trámite legal y no observándose causal de nulidad procesal, se decide previas las siguientes,

### CONSIDERACIONES

Alega el recurrente que el Tribunal no se pronunció si en el caso *sub lite* se produjo o no el fenómeno de fusión de los cargos de pagador y almacenista.

1. Al respecto encuentra la Sala lo siguiente:

Mediante Resolución número 00438 de mayo de 1978, “por la cual se reglamentan las funciones propias de los cargos de Pagadores Auxiliares de los planteles de educación media”, emanada del Secretario de Educación del entonces Distrito Especial de Bogotá, se dispuso:

Artículo primero. Los pagadores Auxiliares Adscritos a los planteles de educación media cumplirán las funciones propias de su cargo, que enumerativamente se establecen a continuación, así:

(...)

Hacer el levantamiento de inventarios de elementos del respectivo plantel y llevar el inventario de bienes;

Colaborar en la obtención de cotizaciones, atinentes a los pedidos de elementos que el colegio requiera con observancia de los (sic) dispuesto en la Resolución número 378 de abril 13 de 1978;

Recibir, bajo la asistencia del Rector, los suministros que efectúen los proveedores y verificar la exactitud en calidades y cantidades de tales suministros, comparándolos con los pedidos y cotizaciones y enviar luego la documentación atinente al suministro a la oficina de la Coordinación del Fondo Educativo Regional;

Legalizar los egresos de elementos;

(...)

Rendir informe al almacenista del Fondo educativo regional sobre el movimiento mensual de ingresos y egresos de bienes; y

*Las demás que le asigne el Rector en actividades inherentes al ejercicio de su cargo. (Fls. 92 y 93). (Lo destacado y subrayado es propio).*

El mismo funcionario, mediante Resolución número 005213 de diciembre 2 de 1986, que constituye el acto demandado, considerando, entre otras razones, que el artículo 1º, numeral 7º del acto anterior “confiere como función propia de los pagadores hacer el levantamiento del inventario de elementos del respectivo plantel y llevar el inventario de bienes”, y que además la planta de personal se encuentra congelada mediante Decreto Nacional 3049 del 30 de septiembre de 1986, resolvió lo siguiente:

## SECCION SEGUNDA

Artículo primero. En los colegios que carecen del cargo de almacenista, además de las funciones que actualmente tienen los pagadores, deberán cumplir las siguientes:

- a) Planear y programar las actividades propias del almacén;
- b) Colaborar con el Rector en la Administración de los bienes muebles e inmuebles del plantel;
- c) Participar en la organización del Programa General de compras del establecimiento;
- d) Establecer los mecanismos de solicitud y entrega de materiales a las dependencias del plantel que lo requieran;
- e) Elaborar y enviar a la Contraloría el informe mensual de cuentas y el inventario General Anual;
- f) Elaborar y mantener al día los inventarios en libros, de acuerdo con los normas vigentes y elaborar y mantener actualizado el kárdex de los elementos;
- g) Solicitar oportunamente a la Contraloría, las bajas de los elementos fuera de uso;
- h) Elaborar el balance mensual con base en los comprobantes de entradas y salidas de los elementos del almacén;
- i) Responder por el mantenimiento, seguridad e integridad de los elementos confiados a su cuidado;
- j) Las demás que se le asignen, de acuerdo con la naturaleza del cargo” (fls. 17 y 18).

2. Pues bien, para la Sala es claro que el fenómeno jurídico administrativo producido por el acto acusado es una típica y simple adscripción de funciones y no una fusión de empleos como lo sostienen los demandantes.

La fusión de cargos es el resultado del ejercicio de la facultad constitucional o legal de una autoridad competente, para concentrar en un solo cargo el conjunto de deberes, atribuciones y responsabilidades de otro u otros empleos públicos que se suprimen de la planta de personal de una entidad pública.

La adscripción de funciones es la facultad que tiene la autoridad competente para asignar a quien ejerce un cargo público, deberes, atribuciones y responsabilidades, con el objeto de satisfacer necesidades permanentes de la administración pública.

El artículo 2° del Decreto 2400 de 1968 prescribe:

“Artículo 2°. Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deban ser atendidas por una persona natural.

En el caso *sub judice* la autoridad administrativa competente para asignar deberes, por tener entonces la administración del servicio público de educación en el Distrito, era el Secretario de Educación, dada la desconcentración del servicio y por tanto estaba facultado para asignar a los empleados tareas previstas o no en ley o reglamento, orientado por la teleología del empleo público, que es la satisfacción de las necesidades del servicio y eso fue lo que se hizo mediante la resolución acusada.

De tal manera que el Secretario de Educación de Bogotá procedió legalmente al asignar a los pagadores de los colegios del entonces Distrito Especial "que carecen del cargo de Almacenista" funciones que en otros centros docentes cumplen los almacenistas, con lo cual estaba atendiendo una necesidad del servicio público de planteles educativos que no podían contar con el cargo específico de almacenista, puesto que la planta de personal se encontraba congelada.

En conclusión, en el presente caso no se está en presencia de un fenómeno de fusión de empleos como lo sostiene la parte actora, puesto que no se produjo supresión alguna de cargos para atribuir sus funciones a otro, sino que se adscribieron determinadas funciones al cargo de pagador auxiliar. Así las cosas, no prospera la pretensión de nulidad del acto demandado y por ende habrá de confirmarse la sentencia apelada.

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

#### FALLA:

CONFIRMASE la sentencia de marzo once (11) de mil novecientos noventa y cuatro (1994) proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección A, en el proceso promovido por Augusto Gutiérrez Arias, Helena de la Cruz Bobadilla de C., Jorge E. Pinzón Díaz y José Javier Sánchez León, que se abstuvo de acceder a declarar la nulidad de la Resolución número 005213 de diciembre 2 de 1986, emanada del entonces Secretario de Educación de Bogotá, Distrito Especial.

Reconócese a la doctora Consuelo Martínez Martínez, como apoderada del Distrito de Santa Fe de Bogotá, en los términos y para los efectos del memorial poder que obra a folio 109 de expediente.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

La anterior providencia fue considerada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día siete (7) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

*Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, ausente; María Eugenia Samper, ausente.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones/ SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - Funciones/ DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN - Reordenamiento / SALA ADMINISTRATIVA/ COMPETENCIA**

El Decreto 2652 de 1991, que entre otras cosas, precisó funciones a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria y Administrativa, en que el artículo 254 de la Constitución Nacional dividió a ese Consejo, otorgándole a la Sala Plena del mismo 18 funciones conforme a su artículo 4°; a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las indicadas en los artículos 9° y 10, y a la Sala Administrativa las contempladas en los artículos 11 y 12. La declaratoria de inexecutable de los numerales 4°, 5° y parte del 8° del artículo 4° del decreto en comentario, que asignaban esas funciones a la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, obedeció precisamente a no haber sido asignadas esas funciones a la Sala Administrativa del Consejo, según los considerandos de la sentencia de la Corte Constitucional, sin que se pueda predicar que se viola el derecho de escoger profesión u oficio y a la honra laboral. Así las cosas, en un primer plano se infiere que la competencia radica en la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, en razón de lo cual no se repondrá el auto impugnado.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá D. C., veintisiete (27) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrado Ponente: Doctor *Alvaro Lecompte Luna*.

Radicación número 12131.

Referencia: Autoridades nacionales.

Actor: Felix Hoyos Lemus.

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el accionante, quien obra en su propio nombre, contra el ordinal 2° de la parte resolutive del auto de 13 de octubre de 1995 (fls. 39-47) mediante el cual se negó decretar la suspensión provisional de los

Acuerdos números 095 y 096 de 15 de junio de 1995 (fls. 1 a 9), dictados por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, mediante los cuales se redistribuyen los despachos judiciales del Distrito Judicial de Antioquia y se adopta el reordenamiento del Distrito Judicial de Medellín, respectivamente.

Argumenta el recurrente (fls 48-50) que no existe regla de rango legal que asigne la competencia a fijar la división del territorio para fines judiciales y para ubicar y distribuir despachos. Y las funciones desarrolladas por los acuerdos demandados, deben reposar imperativamente sobre un principio de legalidad, que es de contenido idéntico al de los delitos y tributos que no puede ser sustituido por consideraciones doctrinales.

Pregunta el recurrente ¿si las funciones desarrolladas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura consagrados en los Acuerdos 095 y 096 de 1995 requieren de ley preexistente y deben ejercerse con sujeción a dicha ley o por el contrario, basta con el solo texto constitucional?

En su concepto, dice, se requiere de ley, por así disponerlo expresamente el artículo 257 de la Constitución Nacional y se pregunta: ¿Cuál es esa ley?

Hace hincapié el recurrente en que la demanda es muy clara cuando sostiene que el ejercicio de las funciones de que tratan los acuerdos impugnados debe reposar sobre un principio de legalidad y, por lo tanto, se requiere de una ley preexistente. Y así como no puede haber delitos ni tributos sin ley, así tampoco puede haber nuevo mapa judicial sin ley. Que esa ley no existe es una verdad irrefutable.

Llama la atención el recurrente a que en el auto impugnado se dice: "...las funciones a que ellas se referían y que debía ejercer la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, fueron declarados inexecutable, precisamente por no haber sido atribuidos a la Sala Administrativa, como se desprende de la parte considerativa de ese fallo de la Corte Constitucional.

Agrega que la Sala no debe empeñarse en negar que la sentencia C-265/93 de dicha Corte dejó un vacío que sólo la ley podía llenar. Y que es cierto, que en la parte considerativa de dicha sentencia, la Corte solloza porque algunas funciones, a su juicio, administrativas, fueron atribuidas a la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura. Pero, se pregunta si ello suple el imperativo constitucional de que la distribución de funciones sólo compete a la ley.

Y que al consignar la Corte Constitucional en la parte resolutive de que es inconstitucional que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura ejerza las funciones del artículo 4º, numeral 4º (sic), no resuelve que tales funciones se trasladen a la Sala Administrativa, porque ello es materia legal y no doctrinal. Que a lo sumo, las afirmaciones de la Corte en el sentido de que la elaboración del mapa judicial y el manejo de los recursos humanos del sector judicial son funciones administrativas constituyeron un llamado a los legisladores para que así las clasificaran, para cuando se fuera a elaborar la ley estatutaria. Y que no se discute que las funciones desarrolladas

## SECCION SEGUNDA

en los acuerdos demandados son efectivamente administrativas, pero lo que se discute, es que sólo la ley puede decirlo y nadie más. Y si algo exige claridad en el universo jurídico es la competencia en el ejercicio de las funciones públicas, la que debe ser dictada por normas, jamás por doctrina, puesto que al decirse en el auto recurrido que al menos se aprecia que la competencia radica en principio en la Sala Administrativa, surge la esperanza de que la Sección pueda revocar el proveído. Amén de que no se tuvieron en cuenta otros aspectos consignados en el concepto de violación de la demanda como en el derecho de escoger profesión u oficio y la violación a la honra laboral, etc.

### SE CONSIDERA:

Es cierto que las funciones que debe ejercer el Consejo Superior de la Judicatura consagradas en el artículo 257 de la Constitución Nacional debe hacerlo con sujeción a la ley.

De allí que deba analizarse de nuevo, según la insistencia del recurrente, si la Sala Administrativa del Consejo tenía competencia para haber proferido los acuerdos demandados sin existir previamente una ley a la que hace referencia el canon constitucional.

De una parte, y como ya se reparó en ello en el auto recurrido, dicho canon otorga unas funciones al Consejo Superior de la Judicatura, pero sin especificar sala alguna, como son las de fijar la división del territorio para efectos judiciales y ubicar y redistribuir los despachos judiciales; la de crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia; la de dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia; los relacionados con la organización y funciones internas asignadas a los distintos cargos y la regulación de los trámites judiciales y administrativos que se adelanten en los despachos judiciales, en los aspectos no previstos por el legislador; la de proponer proyectos de ley relativos a la administración de justicia y a los códigos sustantivos y procedimentales; y las demás funciones que señale la ley.

Esa ley, que echa de menos el recurrente, vendría a ser, como se dijo, el Decreto 2652 de 1991, que entre otras cosas, precisó funciones a las Salas Jurisdiccional Disciplinaria y Administrativa, en que el artículo 254 de la Constitución Nacional dividió a ese Consejo, otorgándole a la Sala Plena del mismo 18 funciones conforme a su artículo 4°; a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, las indicadas en los artículos 9° y 10, y a la Sala Administrativa las contempladas en los artículos 11 y 12.

La declaratoria de inexecutable de los numerales 4°, 5° y parte del 8° del artículo 4° del decreto en comentario, que asignaban esas funciones a la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, obedeció precisamente a no haber sido asignadas esas funciones a la Sala Administrativa del Consejo, según los considerandos de la sentencia de la Corte Constitucional, sin que se pueda predicar que se viola el derecho de escoger profesión u oficio y a la honra laboral.

Así las cosas, en un primer plano se infiere que la competencia radica en la Sala Administrativa del Consejo Superior de Judicatura, en razón de lo cual no se repondrá el auto impugnado. Sin embargo todo ello será materia de análisis más profundo cuando llegue el momento de dirimir la *litis*.

Por lo expuesto,

**SE RESUELVE:**

**NO REPONER** el auto de 13 de octubre de 1995 en cuanto negó la suspensión provisional de los actos demandados.

Notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 7 de marzo de 1996.

*Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos Arturo Orjuela Góngora, Dolly Pedraza de Arenas, Joaquín Barreto Ruiz, (ausente); María Eugenia Samper, (ausente).*

*Eneida Wadnipar Ramos, Secretaria.*

**PRIMA TECNICA / FACTOR SALARIAL - Inexistencia / FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL - Régimen Salarial / PRIMA ESPECIAL / FACTOR SALARIAL - Inexistencia / ABOGADOS AUXILIARES ALTAS CORPORACIONES - Régimen Salarial**

La prima técnica establecida para los Magistrados de las Altas Corporaciones y Consejeros de Estado mediante el Decreto 1016 de 1991, no cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Por su parte, en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, consagratoria de la prima especial de servicios para dichos funcionarios, se previó que ésta no tendría carácter salarial. Por manera, que el fundamento de la no inclusión de tales primas tiene su origen en dichas disposiciones y no propiamente en el decreto impugnado.

**SERVIDORES PUBLICOS - Régimen Salarial / PRESTACIONES SOCIALES - Fijación / CONGRESO DE LA REPUBLICA / COMPETENCIA / DERECHOS ADQUIRIDOS**

La Sala anota que según las voces del numeral 19, literal e) del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a efecto de fijar el régimen salarial y de prestaciones sociales de los servidores públicos y que en ejercicio de esa atribución la citada Corporación profirió la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 2º literal a) se determinó como criterio para expedir el referido régimen, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, no pudiéndose en ningún caso, desmejorar salarios y prestaciones sociales.

**DERECHOS ADQUIRIDOS - Límites / CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades / SERVIDORES PUBLICOS - Régimen Salarial / SALARIO - Fijación / DERECHOS CONSOLIDADOS**

La orden de respetar los derechos adquiridos de los servidores públicos y la prohibición de desmejorar sus salarios y prestaciones sociales está referida al respeto de los derechos consolidados a la no disminu-

ción del monto de los salarios que aquellos devengaban por concepto de remuneración de su trabajo; más no implica imposibilidad de implantar nuevas formas o mecanismos de cálculo del monto de tales salarios, porque ello conduciría a la inmodificabilidad del sistema cercenándose así la facultad otorgada al Congreso y al Gobierno para fijar conforme a los parámetros señalados en la ley, la remuneración de los servidores estatales, toda vez que uno y otro se encontrarían atados a los procedimientos, fórmulas y métodos de determinación del monto salarial, previstos en normas anteriores, llegándose a aceptar que el Congreso en esta materia no puede reformar la legislación. Podía pues válidamente cambiarse el sistema de remuneración de algunos funcionarios, para desligarlo de la remuneración de los magistrados de las Cortes, sin violación de las disposiciones invocadas en la demanda. Además, como no se disminuyó sino que por el contrario esa remuneración aumentó, no se da la transgresión de la Ley 4ª de 1992.

*Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda.*

Santa Fe de Bogotá, D. C., veintiocho (28) de marzo de mil novecientos noventa y seis (1996).

Magistrada Ponente: Doctora *Clara Forero de Castro*.

Radicación número 7397.

Referencia: Decretos del Gobierno.

Actor: Carlos Guillermo Castro Guevara.

El ciudadano Carlos Guillermo Castro Guevara, obrando en su propio nombre y manifestando ejercer la acción pública de nulidad consagrada en el artículo 84 del C. C. A., solicitó a esta Corporación declarar la nulidad del aparte del artículo 4º del Decreto 903 de 1992, que determina como única asignación básica mensual para los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccional que ostenten el grado 21 correspondiente a magistrados auxiliares y abogados asistentes de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, y a magistrados de los Tribunales, la suma de trescientos noventa y ocho mil ochenta y nueve pesos (\$398.089.00) moneda corriente; el artículo 11 *ibidem*, en cuanto determina que las asignaciones básicas mensuales serán las siguientes:

a) Para los Magistrados de Tribunal y sus fiscales grado 21, trescientos cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y cinco pesos (\$356.435.00) moneda corriente, y del párrafo de dicho artículo que establece que “los Magistrados Auxiliares y Abogados Asistentes del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional 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

## SECCION SEGUNDA

veinticuatro mil novecientos sesenta pesos (\$724.960.00). Esta remuneración se aplicará cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales sean inferiores a dicho valor”.

### HECHOS:

Expone el demandante que el Congreso de la República en ejercicio de la atribución que le confiere el numeral 19 literales e) y f) de la Constitución Política, expidió la Ley 4ª de 1992, por la cual señaló las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los trabajadores oficiales, en cuyo desarrollo se expidió el decreto acusado por el cual se dictaron unas disposiciones en materia salarial y prestacional de la Rama Judicial, del Ministerio Público, de la Justicia Penal Militar, señalándose el régimen salarial ordinario, entre otros, de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Fiscal General de la Nación, del Defensor del Pueblo, de los Agentes del Ministerio Público ante dichas corporaciones...” de los magistrados del Tribunal y sus fiscales, de los jueces, de los magistrados auxiliares y abogados asistentes del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado así como de los demás funcionarios y empleados de la Rama Judicial salvo los de la Fiscalía General de la Nación para quienes se dictó el Decreto 900 de junio 2 de 1992” (fl. 6).

Aduce a renglón seguido que en el artículo 1º del decreto demandado, se fijó como remuneración mensual máxima para los magistrados de las altas corporaciones judiciales la suma de dos millones seiscientos setenta mil novecientos sesenta y dos pesos (\$2.670.962.00) moneda corriente, discriminados así: trescientos veintiséis mil doscientos treinta y dos pesos (\$326.232.00) moneda corriente, asignación básica, seiscientos setenta y nueve mil novecientos sesenta y ocho pesos (\$679.968.00): gastos de representación, quinientos cuarenta y tres mil setecientos veinte pesos (\$543.720.00): prima técnica y prima de servicios determinada en valor mensual (art. 15 Ley 4ª de 1992): un millón doscientos veintiún mil cuarenta y dos pesos (\$1.221.042.00) y en el 2º artículo de dicho estatuto se fijó como remuneración mensual máxima para esos funcionarios dentro de un régimen optativo, la suma de dos millones seiscientos ochenta mil pesos (\$2.680.000.00) integrada por asignación básica mensual: seiscientos cuarenta y ocho mil pesos (\$648.000.00), gastos de representación: un millón ciento cincuenta y dos mil pesos (\$1.152.000.00), prima especial de servicios (art. 15 Ley 4ª de 1992): ochocientos ochenta mil pesos (\$880.000.00).

A su vez, el mismo decreto en el párrafo del artículo 11 determinó como remuneración mínima mensual para los magistrados auxiliares y abogados asistentes del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Constitucional y Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, así como para los magistrados de Tribunal, la suma de setecientos veinticuatro mil novecientos sesenta pesos (\$724.960.00), agregando que esta

remuneración se aplicaría cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales sean inferiores a ese valor y en el artículo 4° estableció que el sueldo básico mensual para los cargos equivalentes al grado 21 en la Rama Judicial, era de trescientos noventa y ocho mil ochenta y nueve pesos (\$389.089.00), sin hacer ninguna distinción en relación con los magistrados auxiliares y abogados asistentes de esos cuerpos colegiados, ni con los magistrados del Tribunal.

### NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Se citan como tales “los artículos 25, 53, 58, 113, 150 y 189 en sus numerales 10 y 11 de la Constitución Política de Colombia en vigencia desde el mes de julio de 1991, al igual que los artículos 1° y 2° de la Ley 10 de 1987; 1° de la Ley 63 de 1988 y 1°, 2°, literales a) y II), 10 de la Ley 4ª de 1992 y 5° del Decreto-ley 2357 de 1987” (fl. 9).

Estima el accionante que se infringieron los artículos 25 y 58 de la Constitución Política, porque se privó a los magistrados auxiliares y a los abogados asistentes de las altas corporaciones judiciales y a los magistrados de Tribunal, del derecho de gozar de condiciones dignas y justas en el trabajo, consagradas en el precepto inicialmente mencionado y del derecho legítimo que habían adquirido en virtud de lo dispuesto en las Leyes 10ª de 1987 y 63 de 1988 de percibir, una remuneración equivalente al 80% de la que reciben los magistrados de esas altas corporaciones y el 53 *ajusdem* porque se dejaron de aplicar las disposiciones legales más favorables a los intereses de esos funcionarios, como son las leyes antes mencionadas, que por no haber sido tocadas por la Ley 4ª de 1992 siguen incólumes, y vigentes, pues no puede admitirse que en razón de la conformación de un nuevo Congreso las leyes emitidas por su antecesor quedaron derogadas, porque éstas sólo dejan de existir por su derogatoria expresa o por su contradicción con la nueva Carta Política.

Concluye el libelista acotando que el acto acusado se halla en contravía con el inciso 3° del artículo 113 de la Constitución que estipula la separación de funciones de los diferentes órganos del Estado, sin que pueda alegarse que la usurpación de las atribuidas al Congreso por parte del Gobierno Nacional al expedir el decreto acusado, sea una colaboración armónica en los términos de dicha norma, y que igualmente se quebranta el artículo 150 que asigna al Congreso la facultad de fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos por medio de ley, y el artículo 189 numeral lo que estatuye la obligatoriedad para el Presidente de obedecer las leyes y velar por su estricto cumplimiento, pues el ejecutivo emitió un acto con alcance general en contradicción con las Leyes 10ª de 1987 y 63 de 1988, aún vigentes, como también lo está con los Decretos-leyes 2357 de 1987 y 2652 de 1991, también infringidos, que preceptúan que los abogados asistentes del Tribunal Disciplinario tendrán iguales derechos y remuneraciones que los establecidos para esos cargos en la Corte Suprema de Justicia y demás altas corporaciones judiciales, y que incorporaron a la planta de personal del Consejo Superior de la Judicatura a los empleados de la planta de personal del Tribunal Disciplinario en las mismas condiciones salariales y prestacionales que venían disfrutando, estatutos todos que conforme al artículo 2° literal b) de la Ley

## SECCION SEGUNDA

04 de 1992, están vigentes, pues el legislador quiso que se respetaran los derechos legítimamente constituidos.

Por su parte, el ciudadano Luis Fernando Villegas Gutiérrez manifestó que coadyuvaba la demanda en el presente negocio, arguyendo que los derechos adquiridos por los funcionarios a que se contraen las normas cuya nulidad se impetra, referentes al monto de su remuneración, que de acuerdo con la Ley 10ª de 1987 y 63 de 1988 no debe ser inferior al 80% de la remuneración total devengada por los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, no podían ser desconocidos como lo hizo el Decreto 903 de 1992, puesto que tales derechos no solo gozan de protección de estirpe constitucional, sino de protección conferida por la propia Ley Marco número 04 de 1992; así en el artículo 53 de la Carta se dispone que la ley no puede menoscabar los derechos de los trabajadores y en el artículo 2º de dicha ley, en el literal a) se señaló al gobierno como criterio para fijar el régimen salarial y prestacional de los servidores públicos, el respeto a los derechos adquiridos por aquellos y que a éstos no se les podía desmejorar sus salarios y prestaciones sociales, como se hizo en el acto acusado, al señalar como remuneración de los magistrados de las altas corporaciones judiciales la suma de dos millones seiscientos setenta mil novecientos sesenta y dos pesos (\$2.670.962.00), y al mismo tiempo ordenar que dichas remuneraciones no se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualquier rama del poder público –inciso final artículos 1º y 2º Decreto 903 de 1992–, desconociendo lo preceptuado en las Leyes 10ª de 1987 y 63 de 1988.

Igualmente aduce que en el artículo 1º del Decreto 903 de 1992, con el objeto de cercenar los derechos laborales adquiridos por los magistrados de los tribunales judiciales, se establecieron en favor de los magistrados de las referidas altas corporaciones valores exorbitantes a las primas –técnicas y de servicios– para que el 80% se estableciera en relación con la asignación básica y gastos de representación novecientos seis mil doscientos pesos (\$906.200.00) quebrantándose el aforismo conforme al cual, lo accesorio (primas) sigue a lo principal (asignación básica); que por remuneración total debe entenderse todo lo que representa factores salariales, incluidas las primas; que ese es el espíritu de las Leyes 10ª de 1987 y 63 de 1988, cuya violación se hace más protuberante, cuando se observa que en el régimen prestacional optativo de los magistrados de las corporaciones, no se hizo tal diferenciación, “por lo que el salario mínimo mensual de los magistrados de tribunal debe ser equivalente a la asignación básica y gastos de representación de los mismos” (fl. 73), y que no es dable admitir que de acuerdo con la Ley 153 de 1887, la Ley 4ª de 1992, por regular íntegramente la materia, derogó el régimen especial previsto para los magistrados de Tribunal, magistrados auxiliares y abogados asistentes de las altas corporaciones judiciales, previsto en las Leyes 10ª de 1987 y 63 de 1988, puesto que allí se estableció que al fijar la remuneración de los servidores estatales se respetarían los derechos adquiridos por ellos, tanto en virtud del régimen general como del especial.

Al contestar la demanda los apoderados de la Nación-Consejo Superior de la Judicatura y Ministerio de Justicia (fls. 40 a 68), se opusieron a las pretensiones del

actor, con el criterio de que conforme a las reglas de hermenéutica contenidas en la Ley 153 de 1887, según las cuales “la ley posterior prevalece sobre la anterior”; “en caso de que una ley posterior sea contraria a otra anterior, y ambas sean preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la posterior” y “se estima insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores o por existir una ley nueva que regule íntegramente la materia a la que la anterior disposición se refería”, el régimen salarial, establecido en la Ley 10ª de 1987 ha quedado insubsistente, porque la Ley 4ª de 1992 regula en su integridad el aspecto salarial de los empleados estatales, pues no cabe duda al leer el texto del artículo 1º de dicha ley que la intención del legislador fue unificar el régimen salarial, para lo cual señaló los criterios y objetivos, con fundamento en los cuales el gobierno desarrollaría la política salarial.

Que el Decreto-ley 1016 de 1991, previó que la prima técnica no es factor salarial y estableció prohibición expresa de que sea tenida en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional, por lo que resulta obvio que el Gobierno Nacional en el Decreto 903 de 1992, no podía consagrar que dicha prima tuviera tal condición y que la prima especial de servicios creada por la Ley 4ª de 1992, en términos del artículo 15 *ibidem*, tampoco tiene carácter salarial (fls. 40 a 50 y 60 a 65). Afirmar que el Decreto 903 vulneró el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53, dice, es desconocer el contenido del Decreto 1016 y de la Ley 4ª de 1992; que si se aplica el régimen de la Ley 10ª de 1987 –tomando como referencia que se perciba el 80% de la remuneración que corresponda a un magistrado de las altas corporaciones–, teniendo en cuenta que su régimen salarial está previsto en el Decreto 903 de 1992, este estatuto debía aplicarse no sólo en el aspecto salarial sino en materia prestacional, “pues bajo este régimen salarial se modifican aspectos prestacionales como el de la cesantía, toda vez que, éstas se regirán por las normas del Decreto 3138 de 1968, es decir, que del régimen de cesantía retroactiva se convierten en anualizadas y congeladas (sic); de igual forma se pierde bajo este régimen salarial la prima de servicios y la prima de vacaciones” (fl. 50).

### CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

La Procuradora Quinta delegada en lo contencioso administrativo, tras precisar el alcance que esta jurisdicción ha dado al concepto de derechos adquiridos y la significación otorgada al término “remuneración”, concluye que en el Decreto 903 de 1992 se reconoce como remuneración mensual máxima de los magistrados de las altas corporaciones judiciales la asignación básica mensual, adicionada con los gastos de representación, las primas técnica y especial de servicios; opina que debe accederse a las súplicas de la demanda, toda vez que así se tome la remuneración fijada para los magistrados de las altas cortes judiciales en el artículo 1º del decreto acusado –régimen salarial ordinario–, o que se tenga en cuenta la señalada en el artículo 2º *ibidem*, o sea la suma de dos millones seiscientos setenta mil novecientos sesenta y dos pesos (\$2.670.962.00), o de dos millones seiscientos ochenta mil pesos (\$2.680.000.00) y se confronten con la asignada a los funcionarios a los que se refieren las normas

## SECCION SEGUNDA

impugnadas, a quienes se les dio una asignación básica de trescientos cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y cinco pesos (\$356.435.00) y una mínimo mensual de setecientos veinticuatro mil novecientos sesenta pesos (\$724.960.00), no puede seguirse cosa distinta a que el Decreto 903 no respetó lo consagrado sobre el particular en la Ley 10ª de 1987.

También adujo la colaboradora fiscal, que si bien no se demandó el inciso 5º del Decreto 903 que ordenó que las primas técnica y especial de servicios no tendrán carácter salarial y no se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualesquiera rama del poder, la verdad es que “aún en el supuesto de excluir la prima técnica y la prima especial del concepto de remuneración que se debe tener en cuenta para el pago mensual de los citados funcionarios, se estaría contrariando la Ley 10ª de 1987, en el evento en que sus superiores se acogieran al régimen salarial optativo, previsto en el artículo 2º del Decreto 903, en el sentido de que el ochenta por ciento (80%) de \$1.800.000.00 (suma de asignación básica más gastos de representación), es aproximada mente la suma de \$1.440.000.00” (fl. 99).

Llegado el momento de decidir, a ello se procede, previas estas

### CONSIDERACIONES

Las normas del Decreto 903 de 1992 cuya nulidad se impetra son:

a) El artículo 4º en cuanto dispone que “A partir del 1º de enero de 1992, la asignación básica mensual de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de la Justicia Penal Militar será la señalada para su grado”, estableciendo como tal para aquellos funcionarios que ostenten el grado 21, la suma de trescientos noventa y ocho mil ochenta y nueve pesos (\$398.089.00), grado que corresponde a los magistrados, auxiliares y abogados asistentes de las altas corporaciones judiciales y magistrados de Tribunal;

b) El artículo 11, en cuanto en el literal a) señala que las asignaciones básicas mensuales para los magistrados de Tribunal y sus fiscales grado 21 será de trescientos cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y cinco pesos (\$356.435.00), y

c) El parágrafo del artículo 11, que dispone “Los Magistrados Auxiliares y Abogados Asistentes del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema da Justicia, de la Corte Constitucional 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 (\$724.960.00). Esta remuneración se aplicará cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales sean inferiores a dicho valor”.

Corresponde entonces determinar si estas disposiciones, como lo afirman los impugnantes, vulneran respecto de los funcionarios a que ellas se refieren, la especial protección que el Estado debe dar al trabajo al derecho de toda persona de gozar de condiciones dignas y justas en su ejercicio y los derechos adquiridos que, en su sentir,

se derivan de lo preceptuado en las Leyes 10ª de 1987 y 63 de 1988 y el Decreto-ley 2357 de 1987.

El siguiente es el texto de los artículos 1º y 2º de la Ley 10ª de 1987:

“Artículo 1º. ‘En ningún caso la remuneración mínima mensual de los cargos de Magistrados Auxiliares creados por el artículo 72 de la Ley 2ª de 1984, será inferior al ochenta por ciento (80%) de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado.

Parágrafo 1º. Esta remuneración se aplicará cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales resultare inferior al porcentaje señalado en el presente artículo.

Parágrafo 2º. No se entienden modificadas por esta ley la asignación básica mensual, ni los incrementos por primas mensuales de cualquier índole, que para tales cargos señalaren las disposiciones respectivas.

Artículo 2º. Igual remuneración mínima mensual tendrán los cargos de Abogados Asistentes de las mencionadas Corporaciones”.

Los mismos artículos de la Ley 63 de 1988, son del siguiente tenor:

“Artículo 1º. La remuneración mínima mensual de los Magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativo, de Aduana y Fiscales no podrá ser inferior a la señalada en el artículo 1º de la Ley 10ª de 1987 para los Magistrados Auxiliares de la Corte Supremo de Justicia y del Consejo de Estado.

Parágrafo 1º. Esta remuneración se aplicará cuando la suma de la asignación básica y las primas mensuales resultare inferior .

Parágrafo 2º. No se entienden modificadas por esta Ley la asignación básica mensual, ni los incrementos por primas mensuales de cualquier índole, que para tales cargos señalaren las disposiciones respectivas.

El artículo 5º del Decreto 2357 de 1987, señalado también como violado, preceptúa:

“Los Abogados Asistentes del Tribunal Disciplinario tendrán iguales derechos y remuneración que los establecidos para esos cargos en la Corte Suprema de Justicia...”.

Sintetizando, las normas transcritas prevén que la remuneración mínima mensual de los magistrados auxiliares de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, los magistrados de los Tribunales Superiores, Contencioso Administrativo y de Aduana y los Fiscales y abogados asistentes de las corporaciones primeramente mencionadas y del Tribunal Disciplinario, estos últimos incorporados a la planta de personal del Consejo Superior de la Judicatura por el Decreto 2552 de 1991 en las condiciones salariales que ostentaban, no puede ser inferior al 80% de la remuneración total que devenguen los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

## SECCION SEGUNDA

De conformidad con el artículo 1º del Decreto 903 de 1992, los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, el Procurador y el Fiscal General de la Nación, y el Defensor del Pueblo, tendrán derecho a una remuneración mensual total máxima de dos millones seiscientos setenta mil novecientos sesenta y dos pesos (\$2.670.962.00), integrados así:

Asignación básica mensual \$326.232

Gastos de representación 579.968

Prima técnica 543.720

Prima especial de servicios

Artículo 15, Ley 4ª de 1992 determinada en valor mensual \$1.221.042

En la misma disposición se estatuye que la prima especial de servicios de que trata el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, y la prima técnica no tendrán carácter salarial ni se tendrán en cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de cualesquiera de las ramas del poder, entidades u organismos del Estado.

En estas condiciones y sin analizar si se hallan o no vigentes las disposiciones de las Leyes 10ª de 1987, 63 de 1988, a las cuales se ha hecho referencia y el artículo 5º del Decreto-ley 2357 de 1987, se tiene que la prima técnica establecida para los Magistrados de las Altas Corporaciones y Consejeros de Estado mediante, el Decreto 1016 de 1991, no cuenta para la determinación de la remuneración de otros funcionarios de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público. Por su parte, en el artículo 15 de la Ley 4ª de 1992, consagratoria de la prima especial de servicios para dichos funcionarios, se previó que ésta no tendría carácter salarial. Por manera, que el fundamento de la no inclusión de tales primas tiene su origen en dichas disposiciones y no propiamente en el decreto impugnado.

Ahora bien, deberá dilucidarse si las normas acusadas vulneran derechos adquiridos en virtud de las Leyes 10ª de 1987, 63 de 1988 y del Decreto 2357 de 1987, y los principios consagrados en los preceptos constitucionales invocados como violados en el libelo.

La Sala anota que según voces del numeral 19, literal e) del artículo 150 de la Constitución Política de 1991, compete al Congreso de la República dictar las normas generales y señalar en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno a efecto de fijar el régimen salarial y de prestaciones sociales de los servidores públicos, y que en ejercicio de esa atribución la citada Corporación profirió la Ley 4ª de 1992, en cuyo artículo 2º literal a) se determinó como criterio para expedir el referido régimen, el respeto a los derechos adquiridos de los servidores del Estado, no pudiéndose en ningún caso, desmejorar salarios y prestaciones sociales.

La orden de respetar los derechos adquiridos de los servidores públicos y la prohibición de desmejorar sus salarios y prestaciones sociales está referida al respeto

de los derechos consolidados a la no disminución del monto de los salarios que aquellos devengaban por concepto de remuneración de su trabajo; mas no implica imposibilidad de implantar nuevas formas o mecanismos de cálculo del monto de tales salarios, porque ello conduciría a la inmodificabilidad del sistema cercenándose así la facultad otorgada al Congreso y al Gobierno para fijar conforme a los parámetros señalados en la ley, la remuneración de los servidores estatales, toda vez que uno y otro se encontrarían atados a los procedimientos, fórmulas y métodos de determinación del monto salarial, previstos en normas anteriores, llegándose a aceptar que el Congreso en esta materia no puede reformar la legislación.

En cuanto a los derechos adquiridos que se alegan, la Sala en sentencia de julio 17 de 1995, de la que fue ponente la doctora Dolly Pedraza de Arenas analizando el Decreto 903 de 1992 dijo lo siguiente:

“...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 dependen 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 a la intangibilidad de la ley, sino a los derechos laborales consolidados”.

Podía pues válidamente cambiarse el sistema de remuneración de algunos funcionarios, para desligarlo de la remuneración de los magistrados de las Cortes, sin violación de las disposiciones invocadas en la demanda. Además, como no se dismi-

## SECCION SEGUNDA

nuyó sino que por el contrario esa remuneración aumentó, no se da la transgresión de la Ley 4ª de 1992.

Consiguientemente, no puede admitirse que las disposiciones acusadas transgreden la normatividad legal y constitucional invocada y por tanto procede negar las súplicas de la demanda.

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

### FALLA:

Niéganse las súplicas de la demanda incoada por Carlos Guillermo Castro Guevara a fin de obtener la nulidad del aparte del artículo 4º del Decreto 903 de 1992 en cuanto determina como única asignación básica mensual para los cargos con grado 21 correspondientes a Magistrados Auxiliares y Abogados Asistentes del Consejo Superior de la Judicatura, de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como de los magistrados de Tribunal, la suma de trescientos noventa y ocho mil ochenta y nueve pesos (\$398.089.00); del aparte del artículo 11 *ibidem* en cuanto determina que las asignaciones básicas mensuales para los magistrados de Tribunal y Fiscales grado 21 es de trescientos cincuenta y seis mil cuatrocientos treinta y cinco pesos (\$356.435.00) y del parágrafo de ese mismo artículo que establece como remuneración mínima mensual de los funcionarios mencionados la suma de setecientos veinticuatro mil novecientos sesenta pesos (\$724.960.00).

Cópiese y notifíquese.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada el día 7 de marzo de 1996.

*Clara Forero de Castro, Alvaro Lecompte Luna, Carlos A. Orjuela Góngora, salva voto; Dolly Pedraza de Arenas, Guillermo López Guerra, Conjuez; Joaquín Barreto Ruiz, ausente.*

*Eneida Wadnibar Ramos, Secretaria.*

**NOTA DE RELATORIA:** Reiteración jurisprudencial de la sentencia de julio 17 de 1995, Ponente: Doctora Dolly Pedraza de Arenas, sobre derechos adquiridos.

## **FUNCIONARIOS JUDICIALES - Régimen Salarial / ABOGADOS AUXILIARES - Régimen Salarial / REMUNERACION MINIMA / DERECHOS ADQUIRIDOS / (Salvamento de Voto)**

La Ley 10ª de 1987, el Decreto-ley 2357 de 1987, la Ley 63 de 1988 y el Decreto Especial 2652 de 1991, establecieron un concepto de “remuneración mínima” para un grupo de funcionarios judiciales, que a mi juicio preservó el artículo 2º literal a) de la Ley 4ª de 1992, cuando dispuso que para señalar el régimen salarial y prestacional de esta clase de servidores el Gobierno Nacional debería tener en cuenta “los siguientes objetivos y criterios: a) El respeto a los Derechos Adquiridos de los Servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales”. Esto es, que si estos derechos tenían el carácter de adquiridos, tenían que respetarse por encima de cualquier otra consideración; y si no lo tenían, lo cierto es que no se podían desmejorar. De suyo, entonces, el Gobierno Nacional no podía desmejorar la “remuneración mínima” que ya le había sido fijada a esta clase de funcionarios por las normas legales mencionadas, que en definitiva les aseguraban “el ochenta por ciento (80%) de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado”.

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Santa Fe de Bogotá, D. C., ocho (8) de abril de mil novecientos noventa y seis (1996).

Con todo comedimiento me permito sintetizar las razones que me llevaron a separarme de la decisión adoptada con el voto favorable de los restantes integrantes de la Sala, así:

1. Es discutible que en tratándose de derechos laborales de los empleados públicos no pueda hablarse de **“derechos adquiridos”**; por el contrario, las tendencias modernas del Derecho Administrativo apuntan hacia la identificación de algunos derechos de los trabajadores del sector privado para los del sector público.

## SECCION SEGUNDA

2. Pero, aún aceptando en gracia de discusión que fuera difícil de aceptar la existencia de derechos adquiridos en materia laboral para los empleados públicos, lo cierto es que la Ley 10ª de 1987, el Decreto-ley 2357 de 1987, la Ley 63 de 1988 y el Decreto Especial 2652 de 1991, establecieron un concepto de **“remuneración mínima”** para un grupo de funcionarios judiciales, **que a mi juicio preservó el artículo 2º, literal a) de la Ley 4ª de 1992**, cuando dispuso que para señalar el régimen salarial y prestacional de esta clase de servidores **el Gobierno Nacional debería tener en cuenta “los siguientes objetivos y criterios: a) El respeto a los Derechos Adquiridos de los Servidores del Estado tanto del régimen general, como de los regímenes especiales. En ningún caso se podrán desmejorar sus salarios y prestaciones sociales...”**. Esto es, que si esos derechos tenían el carácter de adquiridos, tenían que respetarse por encima de cualquier otra consideración; y si no lo tenían, lo cierto es que no se podían desmejorar. De suyo, entonces, **el Gobierno Nacional no podía desmejorar la “remuneración mínima” que ya le había sido fijada a esta clase de funcionarios por las normas legales mencionadas, que en definitiva les aseguraban “el ochenta por ciento (80%) de la remuneración total que devenguen los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y los Consejeros de Estado”**.

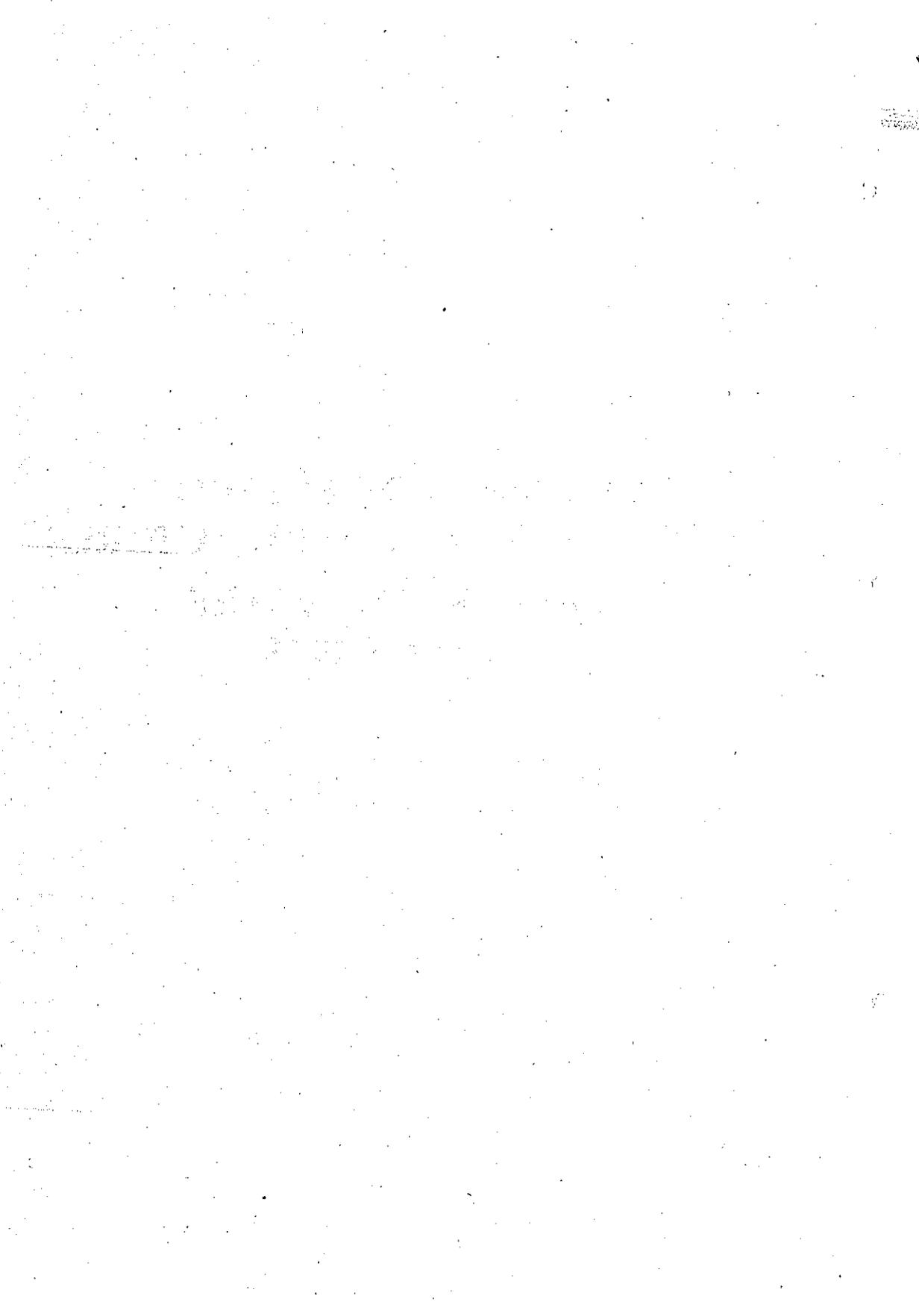
3. Coincido con el concepto del Ministerio Público, en cuanto al hecho de que hubiera sido conveniente que la demanda cobijara también el artículo 1º, inciso 5º, del Decreto 903 de 1992; sin embargo, a mi juicio, esa circunstancia no desvirtúa los argumentos que debieron llevar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aunque sí hubieran podido reforzarlos.

Por estas razones, pues, considero que el acto acusado incurrió en la violación de normas superiores que se le endilga en la demanda, y por lo mismo, ha debido anularse.

Con toda atención,

*Carlos Arturo Orjuela Góngora.*

**CONSEJO DE ESTADO**  
**INDICE ALFABETICO DE ACTORES**  
**PRIMER TRIMESTRE**  
**AÑO DE 1996**



**CONSEJO DE ESTADO**  
**INDICE ALFABETICO DE ACTORES**  
**PRIMER TRIMESTRE**  
**AÑO DE 1996**



	<b>PAGINA</b>
ADRIANA POLIDURA CASTILLO.....	451
ANA ELISA PINILLA ROBAYO.....	749
ANA JULIA RAMIREZ E.....	114
ANA JULIA RAMIREZ ESTRADA.....	105, 118
ANDRES FERNANDEZ DE SOTO.....	610
ANTONIO JOSE RIOS.....	779
ASOCIACION CLUB CANINO COLOMBIANO.....	655
ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER.....	178
ASOCIACION DE TECNICOS ELECTRICISTAS DE SANTANDER "ATES" Y OTROS.....	170
AUGUSTO GUTIERREZ Y OTROS.....	873
BERNARDO BELTRAN MONROY Y MARIA DE JESUS HERNANDEZ DE BELTRAN.....	125
CARLOS ARTURO IREGUI RAMIREZ.....	570
CARLOS JULIO HERNANDEZ Y OTROS.....	352
CARLOS GUILLERMO CASTRO GUEVARA.....	883
CARLOS MARIO ISAZA SERRANO Y OTRO.....	561
COOP. SANTANDEREANA DE TRANSPORTADORES LTDA. COPETLAN.....	369
COOP-CHOFERES ASALARIADOS DE SANTANDER LTDA. "COOCHOSAN LTDA".....	694
COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE LOS LLANOS ORIENTALES LTDA. "COOTRALLANERO LTDA." Y OTRA.....	686

	<b>PAGINA</b>
COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE SALDAÑA LTDA. "COOTRANSAL" .....	461
EDUARDO DURAN ARREGUI .....	764
EMILIO SANCHEZ ALSINA. (SOLICITUD DE PERDIDA DE INVESTIDURA COMO CONGRESISTA DEL DOCTOR GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO). .....	56
EMILIO SANCHEZ ALSINA. ....	12, 70, 83, 119, 184
EMPRESA DE TRANSPORTES COLECTIVOS CIUDAD DE IPIALES S.A. ....	469
EMPRESA OBRAS SANITARIAS PROVINCIA DE OBANDO -EMPOOBANDO-. ....	331, 344
FABIOLA ZULUAGA DE ZAMUDIO .....	135
FELIPE LONDOÑO PELAEZ. ....	584
FELIX HOYOS LEMUS .....	346, 878
FERNANDO INFANTE SALAZAR. ....	528
GLORIA PATRICIA LOPERA MESA Y OTROS. ....	410
GOBERNADOR DE CASANARE. ....	642
HECTOR JUSTINO JARAMILLO ULLOA .....	315, 422
HERNAN HERIBERTO SAMBONI ADRADA. ....	662
HERNANDO ANIBAL ROMERO ORDOÑEZ .....	825
HERNANDO VICENTE RODRIGUEZ CAMACHO .....	739
HUGO ESCOBAR SIERRA .....	396
HUGO MANUEL TOVAR BAQUERO .....	868
ISABEL GIRALDO DE DIAZ .....	796
JAIME ESCOBAR HERRERA .....	832
JAIME ENRIQUE LOZANO .....	390
JAIME GONZALO CASTIBLANCO CABALCANTE. ....	359
JAIRO VILLEGAS 'A. ....	743
JORGE ALBERTO GUERRERO LOZANO. ....	593

	<b>PAGINA</b>
JORGE ELIECER PEÑUELA GARCIA .....	152
JOSE ALEJANDRO ACERO HIDALGO .....	819
JOSE EUSEBIO ORJUELA .....	775
JOSE OSWALDO BONILLA RINCON .....	844
JUAN FRANCISCO PORTILLO SIERRA .....	434, 446
JUAN HERMES MARTINEZ RODRIGUEZ .....	789
JULI ROSARIO CESPEDES LATORRE .....	499
LEONY REMEDIOS IGUARAN DE SOTO .....	647
LUIS ALBERTO RUBIANO SANCHEZ .....	513
LUIS ALFONSO CARRILLO BRAVO .....	405
MELBA GALVIS DE VIDAL Y OTROS .....	143
MIGUEL LARA ZAMBRANO .....	711
NICOLAS CAICEDO TRUJILLO .....	754
ORLANDO ROJAS PINZON .....	784
PASTOR GONZALEZ CACERES .....	769
PEDRO VILLAN ROJAS .....	849
PERSONERO DE MEDELLIN .....	380
PERSONERO DE SANTA FE DE BOGOTA, D. C. ....	557
RAFAEL DURAN LEAL .....	9, 122
ROSA E. MARQUEZ DE GAONA .....	857
SANDRA IRENE BURBANO VILLAMIL .....	804
SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA METALMECANICA, METALICA, METALURGICA Y SIDERURGICA, SINTRAIME Y OTRA .....	811
SOCIEDAD FLOTA LA MACARENA S.A. ....	730
SOCIEDAD GREEN CARGO DE COLOMBIA LTDA. ....	486
SOCIEDAD LAS MERCEDES LTDA. SUCESORES Y CIA. S. EN C. S. ..	675
SOCIEDAD TECNICAS BALTIME DE COLOMBIA S. A., Y OTRAS. ....	547

	<b>PAGINA</b>
SOCIEDAD TRANSPORTADORA DE CORDOBA S. A., SOTRACOR S. A. ....	628
SOCIEDAD URBANIZACIONES Y CONSTRUCTORA LA BETULIA LTDA. ....	705
TRANSPORTES COLOMBIA S. A. Y OTRA. ....	320
URIEL ALBERTO AMAYA OLAYA. ....	721
WILLIAM SALCEDO PEÑA M. ....	760
WILLIAM MERCADO RUA. ....	864

**CONSEJO DE ESTADO**  
**INDICE TEMATICO POR SECCIONES**  
**PRIMER TRIMESTRE**  
**AÑO DE 1996**



**INDICE TEMATICO**  
**SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
<b>A</b>	
ACREENCIA ELECTORAL - Inexistencia .....	152
ACTIVIDAD CULTURAL .....	292
ACTO ACUSADO - Vigencia .....	178
ACTO ADMINISTRATIVO - Impugnación .....	178
ACTO DEROGADO VIGENCIA DE LA NORMA ACUSADA .....	170
ACTO GENERAL - Vigencia .....	178
ACTO PARTICULAR - Vigencia .....	178
ACUMULACION DE PRETENSIONES - Improcedencia .....	119
ANALOGIA - Improcedencia .....	114
<b>C</b>	
CAUSALES DE INHABILIDAD .....	104
CELEBRACION DE CONTRATOS .....	291
CELEBRACION DEL CONTRATO .....	291
COMISION NACIONAL DE TELEVISION - Funciones .....	292
COMPETENCIA .....	103, 151
CONCEJAL - Inhabilidad .....	104
CONDENA PENAL .....	104
CONFLICTO DE INTERESES - Inexistencia .....	59, 69, 83, 87, 183
CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza .....	183, 223, 259
CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza (Salvamento de Voto) .....	259
CONFLICTO DE INTERESES - Naturaleza (Aclaración de Voto) .....	274
CONFLICTO DE INTERESES .....	11, 151, 239, 262, 264
CONFLICTO DE INTERESES DE ORDEN MORAL .....	55

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
CONGRESISTA - Incompatibilidad .....	114, 116, 291
CONGRESISTA - Inhabilidad .....	103, 104, 114, 290, 291
CONGRESISTA - Representante .....	104
CONGRESISTA - Senador .....	290
CONGRESISTA .....	11, 12, 151, 183, 223, 238, 259, 262, 264, 274
CONSEJO DE ESTADO .....	103
CONSTITUCION POLITICA - Vigencia .....	103
CONTROL JURISDICCIONAL - Improcedencia .....	170
CONVALIDACION DEL ACTO .....	178
COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL - Efectos .....	87
<b>D</b>	
DELITO CULPOSO - Excepción .....	104, 114
DELITO CULPOSO - Excepción. (Aclaración de voto) .....	112
DELITO POLITICO - Excepción .....	104, 112
DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO DEL ESTADO .....	103, 114
DEROGACION - Efectos .....	170
DESARROLLO LEGAL - Inexistencia .....	69, 83
DESARROLLO LEGAL .....	55
DEUDOR DE LA PARTE .....	152
<b>E</b>	
EDIL - Inhabilidad .....	104
EMPLEO DE CARRERA .....	134
EMPLEO PRIVADO .....	151
ENRIQUECIMIENTO ILICITO - Naturaleza .....	87
ENRIQUECIMIENTO ILICITO .....	12, 81, 183
ESPACIOS DE TELEVISION DIDACTICOS - Clasificación .....	291
EXIMIENTE DE RESPONSABILIDAD - Inexistencia .....	125
<b>F</b>	
FALLA DEL SERVICIO POR OMISION .....	125
FALLA RELATIVA DEL SERVICIO .....	143
<b>G</b>	
GESTION DE NEGOCIOS - Diferencias .....	291
GESTION DE NEGOCIOS .....	290
GREMIOS PARTIDO POLITICO - Diferencia .....	151
GUSTAVO ESPINOSA JARAMILLO .....	11

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
<b>H</b>	
HECHO DE UN TERCERO .....	125
HECHO NOTORIO (Salvamento de Voto) .....	239
HECHO PREVISIBLE .....	125
HOLGUIN SARRIA .....	183
<b>I</b>	
ILEGALIDAD SOBREVINIENTE - Improcedencia .....	170
IMPEDIMENTO DE CONGRESISTA - Inexistencia .....	152
IMPERIO DE LA LEY (Aclaración de Voto) .....	274
INCOMPATIBILIDAD DE SENADOR - Excepción .....	292
INDEBIDA DESTINACION DE DINEROS PUBLICOS - Causal Específica. (Aclaración de voto) .....	114
INTERES DIRECTO .....	183
INVESTIGACION PENAL - Conocimiento .....	81
INVESTIGACION PENAL - Naturaleza .....	183
INVESTIGACION PENAL .....	239
INVIOABILIDAD DE OPINIONES - Excepción .....	12
<b>J</b>	
JURISPRUDENCIA - Aplicación .....	274
JURISPRUDENCIA VIOLADA .....	131
<b>L</b>	
LEY DE CONTRATACION - Inaplicación .....	290
<b>N</b>	
NARCOMICO .....	12, 264
NARCOMICO (Salvamento de Voto) .....	223, 264
NARCOMICO. (Aclaración de Voto) .....	262
NORMA CONSTITUCIONAL - Aplicación .....	103, 104
NORMA CONSTITUCIONAL Interpretación .....	290, 291
NORMA ESPECIAL - Aplicación .....	112, 290
NORMA GENERAL - Inaplicación .....	112, 114
<b>P</b>	
PALACIO DE JUSTICIA - Toma .....	125
PECULADO CULPOSO .....	104
PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD .....	104
PERDIDA DE INVESTIDURA - Improcedencia .....	292

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
PERDIDA DE INVESTIDURA - Naturaleza .....	119
PERDIDA DE INVESTIDURA .....	103, 114, 151, 152
PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL .....	9, 122
PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA - Causales .....	69, 81, 83
PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONGRESISTA .....	87
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Causales .....	11, 112, 183, 290, 291
PERDIDA DE LA INVESTIDURA - Efectos .....	119
PERDIDA DE LA INVESTIDURA ...	59, 104, 116, 223, 238, 259, 262, 264, 274, 290
PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONGRESISTA	
- Conflicto de intereses .....	55
PERSONA DE DERECHO PRIVADO .....	151
PERSONERO - Inhabilidad .....	104
POSESION EN EL CARGO - Inexistencia .....	134
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Inhabilidad .....	104
PRINCIPIO DE TAXATIVIDAD. (Aclaración de voto) .....	116
PROCESO PUNITIVO - Características .....	59
PROGRAMA DE TELEVISION CULTURAL .....	292
PROVIDENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Obligatoriedad .....	87
PROYECTO DE LEY - Participación en el debate .....	12
<b>R</b>	
RECURSO DE CASACION - Similitud .....	142
RECURSO EXTRAORDINARIO - Características .....	142
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Improcedencia .....	9, 122
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION - Rechazo .....	9, 122
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Alcance .....	142
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Características .....	142
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Rechazo .....	131
RECURSO EXTRAORDINARIO DE SUPLICA - Requisitos .....	131
REGIMEN DE INHABILIDADES - Ambito .....	290
REGIMEN ESPECIAL DE PROHIBICIONES .....	114
<b>S</b>	
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	151
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO .....	103
SANCION DISCIPLINARIA DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA .....	12
SANCION PENAL .....	104

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos. (Salvamento de voto) .....	178
SENTENCIA PENAL CONGRESISTAS - Inhabilidades .....	112
SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Efectos .....	59
SERVICIO DE TELEVISION - Clasificación .....	292
SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Carácter cultural .....	291
SERVIDOR PUBLICO .....	103
SUSTRACCION DE MATERIA .....	178

## **T**

TELEVISION COMERCIAL .....	292
TELEVISION DE INTERES PUBLICO, SOCIAL, EDUCATIVO Y CULTURAL .....	292
TEMERIDAD - Inexistencia .....	152
TRAMITE DE LA LEY .....	183
TRASLADO .....	134

## **V**

VACANCIA DEL CARGO .....	134
VINCULACION A PROCESO PENAL .....	11

## **SECCION PRIMERA**

## **A**

ACCION DE CUMPLIMIENTO .....	421
ACCION DE NULIDAD .....	378, 446
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia .....	319, 675
ACCION DE REPARACION DIRECTA .....	675
ACCION DE TUTELA - Finalidad .....	421
ACCION DE TUTELA - Improcedencia .....	421
ACCION DE TUTELA - Normatividad .....	389
ACTA DE CANCELACION DE VISAS .....	315
ACTA FIRMADA .....	319
ACTIVIDAD AGRICOLA .....	450
ACTIVIDAD DEPORTIVA - Fomento .....	434
ACTIVIDAD EXPORTADORA .....	547
ACTIVIDAD PELIGROSA .....	646

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
ACTO ADMINISTRATIVO - Vigencia temporal .....	409
ACTO ADMINISTRATIVO .....	409, 654
ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL .....	675
ACTO COMPLEJO - Inexistencia .....	320
ACTO COMPLEJO .....	319
ACTO DE ADJUDICACION DE RUTAS Y HORARIOS .....	319
ACTO DE CARACTER GENERAL CON EFECTOS PARTICULARES .....	674
ACTO DE TRAMITE .....	628
ACTO GENERAL - Vigencia .....	378
ACTO GENERAL .....	484, 511
ACTUACION ADMINISTRATIVA - Finalización .....	368
ACUERDO MUNICIPAL .....	674
ACUSADOS - Improcedencia .....	467
ADJUDICACION DE RUTAS Y HORARIOS - Inexistencia .....	628
ADPOSTAL -Funciones .....	592
AERONAVES A PISTON - Prohibición de Funcionamiento .....	646
AFILIACION A EMPRESA DE TRANSPORTE .....	461
AISLAMIENTO DEL INTERNO .....	379
ALCALDE MAYOR - Funciones .....	560
ALMACEN GENERAL DE DEPOSITO - Habilitación .....	511
ALMACENAMIENTO DE MERCANCIA .....	570
ALMACENAMIENTO DE MERCANCIAS .....	512
ARANCEL - Normatividad .....	512
ARRENDATARIO .....	710
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades .....	352
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones .....	661
ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Control fiscal .....	330
ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Naturaleza jurídica .....	330
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA - Alcances .....	661
AUTONOMIA UNIVERSITARIA - Improcedencia .....	433
AUTORIZACION DEL RADIO DE ACCION .....	320
<b>B</b>	
BANANO .....	547
BIEN DE USO PUBLICO - Función social .....	395
BIEN FISCAL - Asignación función social .....	395

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
SENTENCIA DE NULIDAD - Efectos. (Salvamento de voto) .....	178
SENTENCIA PENAL CONGRESISTAS - Inhabilidades .....	112
SENTENCIAS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL - Efectos .....	59
SERVICIO DE TELEVISION - Clasificación .....	292
SERVICIO PUBLICO DE TELEVISION - Carácter cultural .....	291
SERVIDOR PUBLICO .....	103
SUSTRACCION DE MATERIA .....	178
<b>T</b>	
TELEVISION COMERCIAL .....	292
TELEVISION DE INTERES PUBLICO, SOCIAL, EDUCATIVO Y CULTURAL .....	292
TEMERIDAD - Inexistencia .....	152
TRAMITE DE LA LEY .....	183
TRASLADO .....	134
<b>V</b>	
VACANCIA DEL CARGO .....	134
VINCULACION A PROCESO PENAL .....	11

## **SECCION PRIMERA**

<b>A</b>	
ACCION DE CUMPLIMIENTO .....	421
ACCION DE NULIDAD .....	378, 446
ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia .....	319, 675
ACCION DE REPARACION DIRECTA .....	675
ACCION DE TUTELA - Finalidad .....	421
ACCION DE TUTELA - Improcedencia .....	421
ACCION DE TUTELA - Normatividad .....	389
ACTA DE CANCELACION DE VISAS .....	315
ACTA FIRMADA .....	319
ACTIVIDAD AGRICOLA .....	450
ACTIVIDAD DEPORTIVA - Fomento .....	434
ACTIVIDAD EXPORTADORA .....	547
ACTIVIDAD PELIGROSA .....	646

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
ACTO ADMINISTRATIVO - Vigencia temporal .....	409
ACTO ADMINISTRATIVO .....	409, 654
ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL .....	675
ACTO COMPLEJO - Inexistencia .....	320
ACTO COMPLEJO .....	319
ACTO DE ADJUDICACION DE RUTAS Y HORARIOS .....	319
ACTO DE CARACTER GENERAL CON EFECTOS PARTICULARES .....	674
ACTO DE TRAMITE .....	628
ACTO GENERAL - Vigencia .....	378
ACTO GENERAL .....	484, 511
ACTUACION ADMINISTRATIVA - Finalización .....	368
ACUERDO MUNICIPAL .....	674
ACUSADOS - Improcedencia .....	467
ADJUDICACION DE RUTAS Y HORARIOS - Inexistencia .....	628
ADPOSTAL -Funciones .....	592
AERONAVES A PISTON - Prohibición de Funcionamiento .....	646
AFILIACION A EMPRESA DE TRANSPORTE .....	461
AISLAMIENTO DEL INTERNO .....	379
ALCALDE MAYOR - Funciones .....	560
ALMACEN GENERAL DE DEPOSITO - Habilitación .....	511
ALMACENAMIENTO DE MERCANCIA .....	570
ALMACENAMIENTO DE MERCANCIAS .....	512
ARANCEL - Normatividad .....	512
ARRENDATARIO .....	710
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Facultades .....	352
ASAMBLEA DEPARTAMENTAL - Funciones .....	661
ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Control fiscal .....	330
ASOCIACION DE MUNICIPIOS - Naturaleza jurídica .....	330
AUTONOMIA ADMINISTRATIVA - Alcances .....	661
AUTONOMIA UNIVERSITARIA - Improcedencia .....	433
AUTORIZACION DEL RADIO DE ACCION .....	320
<b>B</b>	
BANANO .....	547
BIEN DE USO PUBLICO - Función social .....	395
BIEN FISCAL - Asignación función social .....	395

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
BIEN FISCAL - Exclusión .....	395
BIEN FISCAL - Función social .....	395
BIENES DE ESTADO - Clasificación .....	395
BIENES DE PARTICULARES .....	395
<b>C</b>	
CADUCIDAD - Término .....	319
CADUCIDAD .....	368
CANCELACION DE LICENCIA - Causales .....	693
CANCELACION DE LICENCIA .....	693
CASAS DE CAMBIO - Normatividad .....	583
CARRERA ADMINISTRATIVA .....	721
CLAUSULA GENERAL DE COMPETENCIA .....	499
CODIGO - Modificación .....	346
CODIGO DEPARTAMENTAL DE POLICIA - Aplicacion .....	705
CODIGO NACIONAL DE POLICIA .....	705
COMERCIO EXTERIOR. ....	546
COMERCIO EXTERIOR-Normatividad .....	546
COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL .....	721
COMPETENCIA - Inexistencia .....	705, 721
COMPETENCIA .....	346, 409, 499
COMPETENCIA PREVALENTE .....	389
COMUNIDAD ECONOMICA EUROPEA .....	546
CONCEJO MUNICIPAL - Facultades .....	405
CONCEJOS MUNICIPALES - Funciones .....	674
CONCEPTO DE LA VIOLACION .....	389
CONCESION DEL SERVICIO .....	592
CONFISCACION ARBITRARIA - Inexistencia .....	358
CONGRESO DE LA REPUBLICA .....	346
CONSTITUCION POLITICA - Vigencia .....	433
CONTRALOR DEPARTAMENTAL - Funciones .....	661
CONTRALORIA DEPARTAMENTAL - Competencia .....	330
CONTRALORIA LOCAL .....	721
CONTRALORIA MUNICIPAL - Organización y funcionamiento .....	405
CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES - Estructura .....	661
CONTRATO DE CONCESION .....	592

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
CONTROL A LAS IMPORTACIONES .....	609
CONTROL ADUANERO .....	512
CONTROL DE LAS IMPORTACIONES .....	609
CONTROL DE LEGALIDAD .....	468
CONTROL JURISDICCIONAL .....	409
COOPERATIVA DANCOOP - Funciones .....	528
CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Funciones .....	499
CORRECCION AL EXPEDIENTE 2990 .....	344
CORREO INTERNACIONAL - Oficial .....	592
CORREO NACIONAL - Oficial .....	592
CORREO OFICIAL .....	592
COSA JUZGADA - Inexistencia .....	420, 560
COSA JUZGADA - Naturaleza .....	560
COSA JUZGADA .....	592
CUOTA DE ABSORCION .....	449
CUPO DE EXPORTACION .....	547
CUPOS DE EXPORTACION .....	546
<b>D</b>	
DAÑO .....	675
DAÑO ESPECIAL .....	675
DAS - Facultades .....	358
DEBILIDAD MANIFIESTA .....	446
DECAIMIENTO DEL ACTO - Efectos .....	654
DECAIMIENTO DEL ACTO .....	409, 556
DECOMISO DE AUTOMOTOR .....	358
DECOMISO DE BIENES APREHENDIDOS .....	358
DECRETO DE EMERGENCIA CARCELARIA - Motivación .....	409
DECRETO REGLAMENTARIO .....	389
DELEGACION - Improcedencia .....	661
DELEGACION DE FUNCIONES - Inexistencia .....	485
DEMANDA - Fundamento de Derecho .....	389
DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD .....	642
DEPORTISTA - Privilegio .....	434
DEPOSITO ADUANERO .....	569
DEPOSITO DE MERCANCIA - Medidas .....	512

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
DEPOSITO DE MERCANCIA- Régimen Aplicable .....	569
DEPOSITO DE MERCANCIAS BAJO CONTROL ADUANERO .....	485
DERECHO A LA IGUALDAD - Violación .....	433
DERECHO A LA IGUALDAD .....	446, 569, 610
DERECHO A UNA FAMILIA .....	378
DERECHO DE ASOCIACION .....	461
DERECHO DE AUDIENCIA - Inexistencia .....	511
DERECHO DE DEFENSA .....	358, 467
DERECHO DE DEFENSA DEL INTERNO .....	379
DERECHO LEGAL - Protección .....	421
DERECHO PUBLICO - Improcedencia .....	511
DERECHOS ADQUIRIDOS .....	511
DERECHOS FUNDAMENTALES - Protección .....	421
DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS .....	378
DEROGATORIA DEL ACTO - Efectos .....	484
DESACATO SANCION .....	389
DIAN - Funciones .....	583
DIAN - Reestructuración .....	583
DIRECCION GENERAL DE INTERMEDIARIOS DEL MERCADO CAMBIARIO - Creación .....	583
DIRECTOR DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES - Facultades ..	485
DIRECTOR DEL INPEC - Facultades .....	409
DISTRITO CAPITAL -Régimen Jurídico Aplicable .....	560
DOSIFICACION DE LA PENA .....	528
<b>E</b>	
ECONOMIA NACIONAL .....	546
EDUCACION SUPERIOR - Admisión .....	433
EJECUCION DE LA LEY .....	584
EMERGENCIA CARCELARIA - Declaratoria .....	409
EMERGENCIA CARCELARIA .....	409
EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA - Vigencia .....	378
EMERGENCIA PENITENCIARIA Y CARCELARIA .....	378, 379
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES	
DÉ SANTA FE DE BOGOTA - Naturaleza jurídica .....	556
EMPRESAS DE AERONAVES A PISTON - Prohibición de Constitución .....	646

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO .....	729
ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO ESTATAL - Ingreso .....	433
ESTABLECIMIENTO PUBLICO .....	556
ESTADO - Objetivos .....	450
ESTUDIO TECNICO - Aplicación .....	368
ESTUDIO TECNICO - Validez .....	368
EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Improcedencia .....	420
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD - Improcedencia .....	420
EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD .....	433
EXCEPCION DE INDEBIDA ACUMULACION DE PRETENSIONES - Inexistencia .....	467
EXCEPCION DE LEGALIDAD DE ACTOS .....	467
EXCEPCION .....	467
EXPORTACION DE BANANO .....	546
EXPORTACION DE BANANO-Restricciones .....	546
EXPORTACIONES .....	449
EXTEMPORANEIDAD .....	468
EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO .....	395
<b>F</b>	
FACULTAD DISCRECIONAL .....	528
FACULTADES EXTRAORDINARIAS - Inexistencia .....	389
FALSA MOTIVACION - Demostración .....	409
FALSA MOTIVACION - Inexistencia .....	368
FALLO INHIBITORIO - Improcedencia .....	511
FIJACION DE CAPACIDAD .....	628
FINÉS DEL ESTADO - Ambito .....	511
FUNCION POLICIVA .....	705
<b>G</b>	
GOBERNADOR - Facultades .....	352, 642
GOBERNADOR DEPARTAMENTAL - Funciones .....	661
GOBIERNO NACIONAL - Facultades .....	485, 512
<b>H</b>	
HECHOS .....	560
HIJO DE EDUCADOR - Privilegio .....	433

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
<b>I</b>	
IDENTIFICACION DE AUTOMOTOR-Inexistencia .....	358
IMPORTACION - Vistos Buenos .....	449
IMPORTACIONES .....	449
IMPOSICION DE SANCIONES .....	693
INAPLICABILIDAD DE NORMAS .....	420
INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVINIENTE .....	433
INDEMNIZACION - Improcedencia .....	674
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO - Alcances .....	729
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO - Inexistencia .....	410
INDIVIDUALIZACION DEL ACTO .....	710
INEPTA DEMANDA – Inexistencia .....	560, 710, 729
INMUEBLE RURAL - Inexistencia .....	705
INTERES GENERAL .....	646
INTERNACIONALIZACION DE LA ECONOMIA .....	449
INTERVENCION DEL ESTADO EN LA ECONOMIA .....	449
INTERVENCION ECONOMICA - Alcance .....	609
INTERVENCION ECONOMICA .....	450, 609
<b>J</b>	
JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA .....	705
JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO .....	409
JURISDICCION ROGADA .....	389
<b>L</b>	
LEGISLACION MUNICIPAL – Aplicación Residual al Distrito Capital .....	560
LEY ADMINISTRATIVA - Improcedencia .....	511
LEY CUADRO .....	484, 512
LEY GENERAL DE LA EDUCACION - Inaplicación .....	433
LEY MARCO .....	484, 512, 569
LEY MARCO - Reglamentación .....	569
LEY PARA EL FOMENTO DEL DEPORTE .....	434
LIBERTAD ECONOMICA – Limitaciones .....	449
LIBERTAD ECONOMICA .....	609
LIBRE COMPETENCIA .....	609
LICENCIA AMBIENTAL - Otorgamiento .....	499
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO - Inexistencia .....	628

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO - Revocación .....	729
LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO .....	461
LLAMAMIENTO EN GARANTIA .....	710
 <b>M</b>	
MATERIA PRIMA .....	449
MEDIO AMBIENTE .....	499
MENSAJERIA ESPECIALIZADA .....	592
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL – Facultades ..	449
MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL - Funciones ....	609
MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES - Facultades .....	315
MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE .....	499
MODERNIZACION DEL ESTADO .....	583
MOTIVACION DEL ACTO ACUSADO .....	409
MUNICIPIO - Creación .....	405
 <b>N</b>	
NAVEGACION AEREA .....	646
NECESIDADES DE LA COMUNIDAD .....	319
NORMA REGLAMENTARIA - Límites .....	421
NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION .....	410
NOTIFICACION .....	674
NOTIFICACION PERSONAL .....	368
NULIDAD .....	654
 <b>O</b>	
OBLIGACION ADUANERA .....	512
OPOSICION .....	468
ORDEN JUDICIAL .....	389
ORGANISMOS DE CONTROL PROPIOS - Creación .....	330
ORGANIZACION TERRITORIAL DE LOS MUNICIPIOS .....	405
 <b>P</b>	
PAIS EXPORTADOR-Políticas .....	546
PARQUE AUTOMOTOR - Edad promedio .....	368
PERJUICIO IRREMEDIABLE - Concepto .....	420
PERMISO .....	729
PERSONA JURIDICA – Patrimonio .....	569

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
PLAN DE DESARROLLO ECONOMICO Y SOCIAL DEPARTAMENTAL - Apropiación .....	352
PODERES DEL JUEZ .....	468
POLITICA EXTERIOR DE COLOMBIA - Orientación.....	315
POLITICA MIGRATORIA .....	315
POTESTAD REGLAMENTARIA - Ejercicio .....	389
POTESTAD REGLAMENTARIA - Extralimitación .....	346, 395
POTESTAD REGLAMENTARIA .....	569, 584
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA - Funciones .....	389, 569, 584
PRESIDENTE DE LA REPUBLICA .....	485
PRESUNCION DE BUENA FE .....	610
PRESUNCION DE LEGALIDAD .....	693
PRETENSIONES .....	654
PREVALENCIA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL.....	433
PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL .....	446, 468
PRINCIPIO DE IGUALDAD .....	450
PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LAS CARGAS PUBLICAS - Inexistencia de la violación .....	674
PRINCIPIO DE JERARQUIA NORMATIVA .....	421
PROCEDENCIA ILICITA DE VEHICULO .....	358
PRODUCCION DE ALIMENTOS - Protección .....	449
PRODUCCION NACIONAL - Protección .....	449
PRODUCTOS AGROPECUARIOS .....	449
PROPIEDAD PRIVADA - Función Social .....	674
PROTECCION A LA POSESION, TENENCIA Y SERVIDUMBRES .....	705
PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE .....	499
PRUEBA .....	693
PUBLICACION .....	674
PUNTO NUEVO – Improcedencia.....	467
 <b>R</b>	
RECURSO DE APELACION – Ambito .....	467
RECURSO DE APELACION - Improcedencia .....	642
RECURSO DE APELACION - Requisitos .....	686
RECURSO DE APELACION-Sustentación.....	686
RECURSO DE REPOSICION - Carácter potestativo .....	729

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
RECURSOS - Improcedencia .....	315
RECURSOS - Interposición .....	468
RECURSOS NATURALES .....	499
RED OFICIAL DE CORREOS .....	592
REGIMEN ADUANERO .....	569
REGIMEN CAMBIARIO - Control y Vigilancia .....	583
REGIMEN DE ADUANAS - Modificación .....	570
REGIMEN DE ADUANA .....	485
REGIMEN DE ADUANAS - Normatividad .....	512
REGIMEN DE ADUANAS - Reglamentación .....	512
REGIMEN DE ADUANAS .....	484
REGLAMENTO DE CREDITO - Violación .....	528
REGLAMENTO ESTUDIANTIL .....	434
RELACION DE CAUSALIDAD - Inexistencia .....	461, 654
REMUNERACION DE EMPLEADOS Y FUNCIONARIOS DE LAS CONTRALORIAS DEPARTAMENTALES - Iniciativa .....	661
RENTABILIDAD DE EMPRESA TRANSPORTADORA - Norma .....	319
REPRODUCCION DE ACTO SUSPENDIDO - Inexistencia .....	556
REQUISITOS - Establecimiento .....	512, 569, 693
REQUISITOS - Incumplimiento .....	693
REQUISITOS FORMALES .....	560
RESOLUCION MOTIVADA .....	368
RESPONSABILIDAD OBJETIVA .....	710
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Improcedencia .....	461, 654
RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO .....	654
REVISION DE ACTOS DE LOS ALCALDES .....	642
RUTAS Y HORARIOS - Adjudicación .....	320, 368, 461
RUTAS Y HORARIOS - Reserva .....	628
RUTAS Y HORARIOS .....	319, 468
<b>S</b>	
SANCION ADMINISTRATIVA - Inhabilidad .....	528
SECTOR AGRICOLA .....	609
SECTOR AGROPECUARIO - Políticas .....	449
SECTOR EDUCATIVO ESTATAL - Privilegio .....	433
SEGURIDAD PENITENCIARIA .....	379

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
SELECCION OBJETIVA.....	592
SENTENCIA DE NULIDAD – Efectos .....	420, 484,
SERVICIO POSTAL .....	592
SERVICIO PUBLICO DE CORREOS .....	592
SERVICIO PUBLICO DE ENERGIA .....	710
SERVICIO PUBLICO DE TRANSPORTE .....	319, 368, 461, 468, 628, 693
SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS .....	346
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO .....	710
SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO .....	346
SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DE CAMBIOS - Supresión .....	583
SUPERINTENDENCIA CAMBIARIA - Funciones .....	583
SUPRESION DE CONTRALORIAS .....	405
SUSCRIPTORES .....	710
SUSPENSION PROVISIONAL - Improcedencia .....	405
SUSPENSION PROVISIONAL .....	346, 467
SUSTRACCION DE MATERIA - Improcedencia .....	378, 484
SUSTRACCION DE MATERIA .....	511, 556
<b>T</b>	
TERMINOS PROCESALES – Cumplimiento .....	468
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO .....	642
<b>U</b>	
UNICA INSTANCIA .....	642
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE AERONAUTICA CIVIL- Funciones .....	646
UNIVERSIDAD - Cupò .....	434
UNIVERSIDAD - Ingreso .....	433
UNIVERSIDAD DEL CAUCA - Ingreso .....	434
URBANISMO .....	674
USO DEL SUELO .....	674
<b>V</b>	
VEEDURIA DISTRITAL .....	560
VIA GUBERNATIVA – Interpretación .....	468
VIA GUBERNATIVA .....	729
VIGILANCIA Y CONTROL .....	528
VISA - Cancelación .....	315

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
VISITA DE FAMILIARES - Restricciones .....	378
VISITA DEL ABOGADO - Restricciones .....	379
VISTO BUENO .....	319
VISTOS BUENOS DE IMPORTACION .....	609, 610

## SECCION SEGUNDA

### A

ABOGADOS AUXILIARES - Régimen Salarial .....	893
ABOGADOS AUXILIARES ALTAS CORPORACIONES - Régimen Salarial ....	882
ACTO ACUSADO – Determinación .....	788
ACTO DE RETIRO DEL SERVICIO – Motivación .....	784
ACTO FICTO PRESUNTO .....	764, 769
ACTO FICTO .....	748
ADSCRIPCION DE FUNCIONES – Concepto .....	873
AGOTAMIENTO DE VIA GUBERNATIVA - Improcedencia .....	810
ALCALDE - Identidad de períodos .....	863
APELACION – Equivalencia .....	824
AUTO SECRETO .....	753

### C

CARGA PRESTACIONAL – Sustitución .....	795
CARRERA ADMINISTRATIVA EN EL NIVEL TERRITORIAL .....	743
CARRERA JUDICIAL .....	753, 759
CARRERA PENITENCIARIA .....	843
CESE DE ACTIVIDADES .....	810
COMPETENCIA .....	748, 779, 878, 882
CONCEPTO MUNICIPAL .....	748
CONCURSO .....	818
CONGRESO DE LA REPUBLICA - Facultades .....	882
CONGRESO DE LA REPUBLICA .....	882
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – Funciones .....	878
CONSULTA .....	824
CONTRALOR MUNICIPAL - Período .....	863
COTIZACION AL ISS .....	774

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
<b>D</b>	
DECLARATORIA DE ILEGALIDAD DE LA HUELGA .....	810
DECLARATORIA DE ILEGALIDAD .....	810
DEMANDA - Ineptitud .....	764, 769
DERECHO A LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO .....	784
DERECHO DE DEFENSA .....	779
DERECHO DE HUELGA .....	810
DERECHOS ADQUIRIDOS - Límites .....	882
DERECHOS ADQUIRIDOS .....	882
DERECHOS ADQUIRIDOS. (Salvamento de Voto) .....	893
DERECHOS CONSOLIDADOS .....	882
DESTITUCION – Procedencia .....	831
DESTITUCION .....	779
DESVIACION DE PODER - Configuración .....	849
DESVIACION DE PODER - Improcedencia .....	831
DESVIACION DE PODER - Inexistencia .....	753
DESVIACION DE PODER .....	788
DIGNIDAD DE LA ADMINISTRACION PUBLICA – Vulneración .....	831
DIRECTOR DE ESTABLECIMIENTO CARCELARIO .....	843
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLIN - Reordenamiento .....	878
DOBLE ASIGNACION DEL TESORO – Improcedencia .....	795
<b>E</b>	
EMPLEADO DE CARRERA .....	784
EMPLEADO DE LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCION .....	843
EMPLEADO DE PERIODO - Estabilidad .....	857
EMPLEADO DEL SENA - Régimen aplicable .....	795
EMPLEADO MUNICIPAL - Escala de remuneración .....	748
EMPLEO DE CARRERA ADMINISTRATIVA .....	743
ESCALAFON DOCENTE – Exclusión .....	867
ESTABILIDAD .....	753, 759
<b>F</b>	
FACTOR SALARIAL - Inexistencia .....	882
FACULTAD DISCIPLINARIA - Independencia .....	843
FACULTAD DISCRECIONAL .....	843

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
FALSA MOTIVACION.....	831
FALTA DISCIPLINARIA.....	824
FUGA DE PRESOS.....	843
FUNCIONARIO COMPETENTE.....	831
FUNCIONARIO DE CARRERA – Status.....	843
FUNCIONARIO DE CARRERA.....	739
FUNCIONARIO JUDICIAL - Régimen pensional especial.....	759
FUNCIONARIOS DE LA DIRECCION DE IMPUESTOS NACIONALES - Régimen de carrera aplicable.....	818
FUNCIONARIOS DE LA RAMA JUDICIAL - Régimen Salarial.....	882
FUNCIONARIOS JUDICIALES - Régimen Salarial.....	893
FUSION DE CARGO – Inexistencia.....	873
<b>I</b>	
INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PROPIOS DEL CARGO.....	831
INDEMNIZACION.....	803
INSCRIPCION EN EL ESCALAFON - Inexistencia.....	843
INSCRIPCION EN EL ESCALAFON.....	843
INSCRIPCION EN LA CARRERA ADMINISTRATIVA.....	743
INSUBSISTENCIA - Desviación de poder.....	849
INSUBSISTENCIA – Improcedencia.....	784, 857
INSUBSISTENCIA.....	788
ISS.....	795
<b>J</b>	
JUEZ - Reelección.....	759, 753
JUSTA CAUSA – Inexistencia.....	803
<b>M</b>	
MINISTRO DE JUSTICIA.....	779
MODIFICACION DEL PERIODO DEL CONTRALOR - Efectos.....	863
<b>N</b>	
NEGLIGENCIA.....	831
NOMINADOR – Facultades.....	753, 759
<b>P</b>	
PENSION DE SOBREVIVIENTES – Incompatibilidad.....	795
PENSION DE VEJEZ – Liquidación.....	774
PENSION DE VEJEZ – Requisitos.....	774

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
PERIODO DE PRUEBA .....	784
PERSONAL CARCELARIO Y PENITENCIARIO .....	779
PERSONAL DOCENTE MUNICIPAL - Régimen salarial .....	748
PLAN DE RETIRO COMPENSADO .....	739
POSESION DEL CARGO - Inexistencia .....	788
POTESTAD REGLAMENTARIA – Extralimitación .....	774
PRESTACIONES SOCIALES - Fijación .....	882
PRIMA ESPECIAL .....	882
PRIMA TECNICA .....	882
PRINCIPIO DE IGUALDAD .....	818
PRINCIPIO DE LA REFORMATIO IN PEJUS (Salvamento de Voto).....	862
PROCESO DISCIPLINARIO – Inexistencia .....	857
PROCESO DISCIPLINARIO .....	779, 831, 843
PROHIBICION DE DESPIDO .....	803
PROTECCION A LA MATERNIDAD .....	803
 <b>R</b>	
REGIMEN DE TRANSICION – Beneficiarios .....	774
REINTEGRO - Improcedencia .....	857
REINTEGRO AL CARGO .....	803
REMUNERACION – Fijación .....	748
REMUNERACION MINIMA .....	893
REPRESENTACION JUDICIAL .....	810
REQUISITOS ADICIONALES A LOS LEGALES – Nulidad .....	818
RESERVA MORAL .....	753
RETIRO DEL SERVICIO .....	739
REVISOR FISCAL - Período .....	863
REVOCATORIA DEL ACTO .....	867
 <b>S</b>	
SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA – Funciones .....	878
SALA ADMINISTRATIVA .....	878
SALARIO - Fijación .....	882
SENA .....	795
SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD – Efectos .....	743

<b>TEMA</b>	<b>PAGINA</b>
SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DEL DECRETO 1660 - Efectos .....	739
SERVIDORES PUBLICOS - Régimen Salarial .....	882
SILENCIO ADMINISTRATIVO – Objeto .....	748
SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO – Alcance .....	764, 769
SINDICATO – Funciones .....	810
SUPRESION DE CARGOS - Inexistencia .....	873
SUSPENSION PROVISIONAL .....	774, 784
SUSTITUCION PENSIONAL .....	795
SUSTRACCION DE MATERIA .....	867
<b>T</b>	
TRASLADO .....	788
TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO OBLIGATORIO .....	811
<b>U</b>	
UNIDAD DE EMPRESA .....	810
<b>V</b>	
VACANCIA DEL CARGO - Inexistencia .....	788
VIA GUBERNATIVA – Agotamiento .....	764, 769, 824